

## II. APPALTI PUBBLICI

Gli appalti pubblici rappresentano circa il 13% del PIL dell'Unione europea e l'11% di quello italiano<sup>61</sup>, livelli destinati ad aumentare a seguito degli investimenti pubblici in programmazione per fronteggiare le conseguenze economiche della pandemia in corso. In

---

<sup>59</sup> ARERA, del. 5 maggio 2017, n. 300/2017/R/EEL, “*Prima apertura del mercato per il servizio di dispacciamento (MSD) alla domanda elettrica ed alle unità di produzione anche da fonti rinnovabili non già abilitate nonché ai sistemi di accumulo. Istituzione di progetti pilota in vista della costituzione del testo integrato dispacciamento elettrico (tide) coerente con il balancing code europeo*”.

<sup>60</sup> Si veda ad esempio la recentissima modifica ad alcune caratteristiche del progetto pilota per la partecipazione a MSD di nuovi soggetti aggregati in unità virtuali operata da ARERA con del. 23 febbraio 2021, n. 70/2021/R/EEL, “*Approvazione delle modifiche, predisposte da Terna S.p.A., al progetto pilota per la partecipazione di unità virtuali miste al mercato per il servizio di dispacciamento (MSD), ai sensi della deliberazione dell'autorità 300/2017/R/EEL*”.

<sup>61</sup> Cfr. Commissione europea, *Public Procurement Indicators 2017*.

Italia, la spesa pubblica canalizzata attraverso i contratti pubblici è pari a circa il 20% del totale e tale quota si accrescerà nel prossimo futuro<sup>62</sup>.

La disciplina degli appalti riveste, dunque, un ruolo cruciale nell'ambito del piano di crescita e di sviluppo economico da attuare attraverso i fondi del programma europeo *Next Generation EU*, poiché costituisce la cinghia di trasmissione degli interventi pubblici all'economia reale, rappresentando un volano indispensabile ai fini del successo delle politiche macroeconomiche espansive da implementare in futuro.

Per questa ragione e tenuto conto della complessità della disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici, una riforma del settore degli appalti, volta a modernizzare e semplificare le regole e le procedure applicabili, deve essere inclusa tra gli obiettivi strategici ai fini del rilancio dell'economia e dell'attivazione degli investimenti.

Le coordinate da tenere presenti per riordinare la complessa materia degli appalti pubblici sono contenute nelle direttive europee del 2014, il cui principale obiettivo è di aumentare l'efficienza delle scelte dell'amministrazione garantendo, da un lato, una maggiore discrezionalità alle stazioni appaltanti e, dall'altro, una semplificazione delle regole e delle procedure da seguire. Ciò a vantaggio non solo dell'acquirente pubblico, che può spendere meglio le risorse assegnate, ma anche delle imprese che vengono liberate da tutti quegli oneri che rendono spesso ingiustificatamente costosa e complessa la partecipazione agli appalti e, per un altro, ne ritardano l'aggiudicazione ed esecuzione.

Nell'attività di riduzione dei vincoli che imbrigliano le stazioni appaltanti e le imprese due sono gli ambiti sui quali appare necessario intervenire: la semplificazione della normativa contenuta nel Codice dei contratti pubblici e la qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, da attuarsi anche mediante lo sviluppo di strumenti procedurali innovativi.

In particolare, nel **primo ambito**, con riferimento alla **semplificazione delle norme**, l'Autorità suggerisce le seguenti modalità di intervento che potrebbero parallelamente essere intraprese: *i)* una proposta da percorrere nel breve periodo per affrontare la gestione dei fondi europei provenienti dal *Next Generation EU* e delle opere strategiche; *ii)* una proposta di medio periodo finalizzata a una revisione complessiva del vigente Codice dei contratti pubblici.

Nel **breve periodo**, in relazione alla spesa pubblica da finanziare mediante i fondi europei del *Next Generation EU*, l'Autorità suggerisce di prendere in considerazione la possibilità di sospendere temporaneamente l'applicazione del Codice dei contratti pubblici, introducendo una disciplina speciale riservata esclusivamente a tali procedure, in relazione alle quali troverebbero applicazione le sole norme contenute nelle direttive europee del 2014 in materia di gare pubbliche, con le dovute integrazioni laddove le disposizioni europee non siano immediatamente *self-executing*<sup>63</sup>. In tal modo, sarebbe possibile superare una serie di criticità

---

<sup>62</sup> Cfr. OECD, *Government at Glance 2017 - Size of Public Procurement*.

<sup>63</sup> Si veda, in tal senso, anche il rapporto per il Presidente del Consiglio dei Ministri, *Iniziativa per il rilancio "Italia 2020-2022"*, Giugno 2020.

presenti nella vigente disciplina in materia di appalti pubblici, alcune delle quali saranno esaminate nel prosieguo, riducendo il c.d. *red tape*, ossia gli oneri amministrativi e burocratici imposti alle imprese e alle stazioni appaltanti che rallentano, spesso ingiustificatamente, le procedure di gara.

A titolo esemplificativo, attraverso la misura proposta, cadrebbero i limiti e le preclusioni attualmente previsti in materia di ricorso al subappalto e all'avvalimento, così come le restrizioni alla discrezionalità delle stazioni appaltanti in materia di appalto integrato, valutazione delle offerte economiche in caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, esclusione delle offerte anomale, obbligo di nomina dei commissari esterni.

A fronte dell'alleggerimento degli oneri amministrativi e burocratici derivanti dalla sola applicazione delle direttive europee, non dovrebbero comunque venire meno i presidi volti a tutelare la legalità delle gare pubbliche e, in particolare, quelli volti a impedire l'infiltrazione della criminalità e la corruzione. Di conseguenza, si potrebbe ipotizzare, con riferimento alle opere da finanziare tramite i fondi del *Next Generation EU*, la costituzione di una struttura dotata delle necessarie risorse economiche, umane e tecniche per vigilare esclusivamente su tali opere. Le risorse umane e tecniche dovrebbero assicurare la complementarietà delle conoscenze al fine di garantire l'efficacia e la tempestività dei controlli, così che questa struttura possa fungere da centro di raccordo, elaborazione e diffusione delle informazioni provenienti dalle istituzioni chiamate a vigilare su profili specifici delle gare pubbliche, la cui attività fortemente complementare manca di un centro di coordinamento. A tal fine, si dovrebbe coinvolgere non solo l'*expertise* tecnica dei Ministeri e dell'Autorità nazionale anticorruzione, ma anche le specifiche competenze della magistratura (ordinaria, amministrativa e contabile), nonché le capacità investigative dei reparti che operano quotidianamente nel contrasto alla criminalità organizzata di tipo economico.

**Nel medio periodo**, l'Autorità suggerisce di pervenire a una revisione del Codice dei contratti pubblici improntata a una serie di principi che dovrebbero modernizzare le sue previsioni, al fine di semplificare le regole e favorire così il rapido dispiegamento degli investimenti pubblici.

In tal senso si segnala, in particolare, la necessità di eliminare tutte quelle disposizioni che introducono oneri non necessari e più elevati rispetto a quelli previsti dalle direttive europee, applicando in tale processo di revisione i seguenti principi:

- i) utilizzo del principio del *copy-out* dalle direttive, come già impiegato in altri Paesi europei, dando conto con rigore delle eccezioni, ammesse solo laddove necessarie a garantire specifici interessi pubblici, tra cui quello dell'apertura alla concorrenza, secondo il metodo del "*comply or explain*";
- ii) applicazione stringente del principio di proporzionalità per eventuali deroghe del divieto di *gold-plating*, così da individuare, laddove necessario, lo strumento meno restrittivo della concorrenza o oneroso per le imprese al fine di tutelare efficacemente eventuali interessi

pubblici meritevoli di garanzia; in ogni caso, con riferimento agli oneri imposti alle imprese non richiesti dalle direttive europee dovrebbe essere sempre possibile sanare la loro mancanza;

iii) riaffermazione e ampliamento del ruolo dell'autocertificazione, come strumento per la partecipazione alle gare pubbliche, intensificando il controllo *ex post* anziché *ex ante*;

iv) introduzione di misure volte ridurre il ricorso alla c.d. "burocrazia difensiva" che spesso blocca il funzionamento delle stazioni appaltanti, ad esempio prevedendo la responsabilità dei funzionari per danno erariale solo in caso di dolo.

Nello specifico, l'Autorità intende sin da ora evidenziare alcune previsioni vigenti che non rispondono ai principi sopra evidenziati e conseguentemente, nell'ambito della più ampia revisione del Codice dei contratti pubblici, dovrebbero essere eliminate o modificate in senso meno restrittivo.

Innanzitutto, si ribadisce<sup>64</sup> la necessità di rimuovere le disposizioni in materia di subappalto che contrastano con la disciplina euro-unitaria<sup>65</sup> e ostacolano ingiustificatamente la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, in particolare delle piccole e medie imprese (PMI). Tale partecipazione necessita di essere maggiormente favorita, anche tenuto conto del periodo di emergenza sanitaria ed economica in corso. In particolare, sarebbe opportuno: (i) eliminare la previsione generale e astratta di una soglia massima di affidamento subappaltabile; (ii) prevedere l'obbligo in capo agli offerenti che intendano ricorrere al subappalto, di indicare in sede di gara la tipologia e la quota parte di lavori in subappalto, oltre all'identità dei subappaltatori; (iii) consentire alle stazioni appaltanti di introdurre, tenuto conto dello specifico contesto di gara, eventuali limiti all'utilizzo del subappalto che siano proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale da perseguire e adeguatamente motivati in considerazione della struttura del mercato interessato, della natura delle prestazioni o dell'identità dei subappaltatori.

Parimenti incompatibile con la disciplina euro-unitaria risulta il divieto generale ed universale che le prestazioni subappaltate possano essere oggetto di ulteriore subappalto (c.d. subappalto a cascata). Tale divieto potrebbe essere eventualmente sostituito da una previsione che consenta alle stazioni appaltanti di introdurre, tenuto conto dello specifico contesto di gara, eventuali limiti all'utilizzo del subappalto che siano proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale da perseguire e adeguatamente motivati.

Per le medesime ragioni, andrebbero altresì eliminati i divieti generali e i limiti ingiustificati all'impiego dell'avvalimento, in particolare con riferimento al c.d. avvalimento a cascata, nonché l'esclusione dell'avvalimento per contratti relativi a progetti che richiedono "opere complesse".

Un ulteriore limite, che non trova fondamento in alcuna previsione normativa euro-unitaria è costituito dalla previsione relativa al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa -

---

<sup>64</sup> Cfr. *AS1707 – Normativa sui limiti di utilizzo del subappalto*, del 27 ottobre 2020, in Boll. 45/2020.

<sup>65</sup> Cfr. Corte di giustizia, causa C-63/18, *Vitali S.p.A. c. Autostrade per l'Italia S.p.A.*.

individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo – che stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30%. L’Autorità ha già evidenziato come tale previsione limiti eccessivamente la facoltà della stazione appaltante di tenere adeguatamente conto delle offerte economiche, conferendole, allo stesso tempo, un’ampia discrezionalità nella valutazione delle offerte tecniche, con possibile pregiudizio al corretto ed efficiente svolgimento della gara e a una adeguata concorrenza anche di prezzo tra gli offerenti<sup>66</sup>.

Sempre nella prospettiva di eliminare i vincoli delle stazioni appaltanti e di permettere una più attenta considerazione delle offerte economiche presentate nell’ambito di procedure pubbliche, si segnala la necessità di rivedere la disposizione che – contrariamente a quanto disposto dalle direttive e tenuto conto delle indicazioni della Corte di giustizia<sup>67</sup> – consente alle stazioni appaltanti di escludere offerte anormalmente basse senza prima chiedere agli offerenti di fornire giustificazioni.

L’Autorità auspica, inoltre, un definitivo ripensamento in merito all’obbligo generalizzato di mettere a gara opere dotate di progetto esecutivo, e non di semplice progetto definitivo, e la rimozione del divieto generale, fatti salvi i casi tassativamente indicati dal Codice, di appalto integrato.

Tale divieto ha creato, almeno nella fase iniziale, difficoltà operative per molte stazioni appaltanti, soprattutto per le Amministrazioni locali, non in possesso delle competenze tecniche per poter realizzare al proprio interno la progettazione esecutiva, con la conseguente necessità di metterla a gara separatamente rispetto all’appalto di esecuzione dell’opera, con evidente allungamento dei tempi. D’altra parte, anche quando le competenze tecniche sarebbero disponibili all’interno delle Amministrazioni pubbliche, il divieto, introdotto dal Codice, di corrispondere incentivi in caso di progettazione curata da tecnici dipendenti delle Amministrazioni pubbliche, sembrerebbe aver scoraggiato la progettazione interna.

Occorre sottolineare, al riguardo, che le direttive unionali non pongono limiti all’appalto integrato che presenta, invece, degli indubbi vantaggi in termini di semplificazione della procedura (una sola gara per due fasi, riduzione dei costi amministrativi e dei tempi di attraversamento).

La sfida sanitaria derivante dalla pandemia in corso, nonché le sfide aperte dalla digitalizzazione dei mercati dovrebbero spingere a una riflessione sul ruolo del partenariato per l’innovazione, previsto dall’attuale Codice dei contratti pubblici ma poco utilizzato nella pratica, ricercando le cause del suo sotto-utilizzo al fine sfruttarlo pienamente per la ripresa economica del Paese. Questo strumento, infatti, è pensato per rispondere a esigenze che non possono essere soddisfatte ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato ed è diretto, in particolare, a sviluppare prodotti, servizi e lavori innovativi e ad acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano.

---

<sup>66</sup> Cfr. *ASI422 - Normativa in materia di criteri di aggiudicazione di appalti*, del 2 agosto 2017, in Boll. 32/2017.

<sup>67</sup> Corte di giustizia UE nelle cause riunite C-147/06 e C-148/06, SECAP SpA e Santorso Soc. coop. arl c. Comune di Torino.

Anche per il Partenariato Pubblico Privato (PPP) si auspica una rivisitazione della relativa disciplina. In un contesto caratterizzato da scarse risorse pubbliche, il PPP infatti può rappresentare una soluzione idonea a finanziare, costruire e rinnovare infrastrutture di pubblica utilità, di cui il Paese necessita per migliorare la qualità dei servizi offerti alla collettività, ridurre i divari economici territoriali, favorire la crescita e la competitività

Una revisione delle norme volta a favorire la c.d. eleggibilità del PPP (ovvero compatibilità con investimenti di *equity* degli investitori istituzionali) consentirebbe, unitamente al rispetto dei patti negoziali conclusi e alla garanzia di stabilità (per quanto possibile) della normativa in materia, di attrarre i capitali nazionali e internazionali, che finora si sono tenuti lontani dal mercato italiano del PPP proprio a causa delle previsioni normative che tendono ad identificare la figura del concessionario con quella del costruttore.

Il *secondo ambito* rispetto al quale occorre intervenire riguarda la *specializzazione delle stazioni appaltanti e la digitalizzazione delle procedure*, che rappresentano dei requisiti necessari per rendere più efficiente l'azione amministrativa e per indirizzare la maggiore discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti verso il conseguimento di più stringenti obblighi di risultato.

L'Autorità, nell'esercizio dei propri poteri di *enforcement* e di *advocacy*, ha riscontrato, in diverse occasioni, che le distorsioni al funzionamento dei meccanismi concorrenziali possono discendere non solo dal mancato espletamento delle gare, ma anche dal non corretto disegno delle stesse.

Sul punto occorre, innanzitutto, dare attuazione alle disposizioni sulla qualificazione delle stazioni appaltanti, la qualificazione degli operatori economici e lo sviluppo di strumenti procedurali innovativi. In tal senso, andrebbe, in particolare, adottato il decreto di fissazione degli *standard* di qualità della committenza di cui agli artt. 37 e 38 del Codice dei contratti pubblici. Inoltre, andrebbero emanati i decreti di attuazione degli artt. 41 e 44 del medesimo Codice relativi alla semplificazione delle procedure di gara svolte dalle centrali di committenza e alla digitalizzazione delle procedure. Ciò consentirebbe di aggregare la domanda dei committenti pubblici e di aumentare l'efficienza nello svolgimento delle procedure di gara sfruttando le professionalità migliori.

Va, in secondo luogo, completata la digitalizzazione degli appalti pubblici (c.d. *e-procurement*) per giungere alla costituzione di una base di dati capillare e qualitativamente elevata. La digitalizzazione dei contratti, dalla fase di programmazione fino a quella di collaudo e liquidazione delle somme dovute, consente evidenti semplificazioni delle procedure, standardizzazione delle stesse, risparmi in termini di tempi e costi, nonché il continuo monitoraggio dell'evoluzione dei contratti. A tal fine, appare necessario che tutte le informazioni inerenti ai contratti pubblici confluiscono nella piattaforma dell'ANAC, consentendo così l'avvio definitivo e la piena funzionalità della piattaforma digitale ANAC prevista dall'art. 73 del Codice dei contratti pubblici.

Poiché all'aumento di discrezionalità deve corrispondere un accrescimento degli obblighi di risultato si potrebbero prevedere dei meccanismi di premialità per le amministrazioni più efficienti basati su sistemi di misurazione dei risultati conseguiti.

*Nell'ottica di riduzione dei vincoli in capo alle stazioni appaltanti e alle imprese, si propone:*

- 1. la semplificazione della normativa contenuta nel Codice dei contratti pubblici, tramite i) una strada da percorrere nel breve periodo per affrontare la gestione dei fondi europei provenienti dal Next Generation EU e delle opere strategiche; ii) una strada di medio periodo finalizzata a una revisione complessiva del vigente Codice dei contratti pubblici, per semplificarne le regole e favorire così il rapido dispiegamento degli investimenti pubblici;*
- 2. la specializzazione delle stazioni appaltanti e la digitalizzazione delle procedure, che rappresentano presupposti necessari per rendere più efficiente l'azione amministrativa e per indirizzare la maggiore discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti verso il conseguimento di più stringenti obblighi di risultato.*