



Istituto Grandi Infrastrutture

**INDAGINE CONOSCITIVA SULL'APPLICAZIONE
DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI**

**AUDIZIONE
SENATO DELLA REPUBBLICA
COMMISSIONE 8^a (LAVORI PUBBLICI, COMUNICAZIONI)**

14 febbraio 2019

1. Linee-Guida/Regolamento

Le linee-guida si sono rivelate uno strumento che ha generato in Amministrazioni e imprese soltanto disorientamento, come d'altra parte prevedibile, considerato che non potevano essere vincolanti né direttamente, spettando questo requisito soltanto alle fonti previste dall'ordinamento costituzionale, né indirettamente, come strumento di interpretazione applicativa delle disposizioni del Codice 50/2016.

Il risultato pratico è stato quello di aver dovuto fare i conti applicativi o con testi ripetitivi delle leggi vigenti oppure con indicazioni che si potrebbero definire *praeter legem*.

Nel primo caso, i problemi pratici che si sono incontrati sono derivati dal fatto che, non venendo comunque riprodotto pedissequamente tutto il testo normativo, si sono create incertezze in ordine al significato da attribuire alla mancata menzione della restante parte della norma.

Quanto alle indicazioni *praeter legem*, esse hanno richiesto uno sforzo interpretativo dagli esiti inevitabilmente approssimativi.

Messe a confronto con le disposizioni disciplinatrici della stessa materia, contenute nel Regolamento 207/2010, è apparso evidente il diverso tasso di certezza giuridica ricavabile dalle due soluzioni normative.

Non è un caso che anche la parte del Regolamento 207 non "*sopravvissuta*" ha continuato a costituire punto di riferimento per le Amministrazioni, per non dire che le relative disposizioni sono spesso confluite o nei decreti attuativi previsti dal Codice 50 o addirittura nelle stesse linee-guida, perdendo però in questo modo di organicità.

Non sono mancati altresì effetti paradossali, come quello sperimentato dal Comune di Milano condannato dal giudice ordinario per aver fatto applicazione delle linee guida ANAC ritenute difformi dal dettato normativo.



L'IGI propone pertanto un ritorno all'assetto normativo precedente, il quale ha fatto parte della nostra tradizione legislativa dal 1895 e si è consolidato attraverso le fonti normative del 1999 (d.P.R. n. 554) che hanno disciplinato principalmente l'esecuzione del contratto, non senza contenere disposizioni ancora valide per le parti attinenti alla scelta dell'appaltatore non in contrasto con le norme comunitarie.

2. Il sistema di qualificazione dei lavori pubblici

Un sistema analogo non è riscontrabile in nessun Paese europeo e nemmeno del resto del mondo. La qualificazione delle imprese è infatti il momento più importante dell'attività del committente pubblico e, come tale, non può essere rimessa a soggetti privati come le SOA, creando un conflitto di interessi troppo evidente per essere sottolineato.

La scelta di mantenerlo o di sopprimerlo presenta aspetti più politici che strettamente normativi, ma occorrerebbero almeno i seguenti correttivi giuridico-amministrativi per rendere minimamente accettabile un meccanismo basato su un soggetto (la SOA) che qualifica l'operatore economico dietro pagamento di un prezzo, rilasciando un'attestazione che diventa condizione necessaria e sufficiente per la partecipazione alla gara con impossibilità, per le stazioni appaltanti, di discostarsene.

I correttivi a cui si fa riferimento sono i seguenti: 1) riportare sull'attestato SOA i requisiti che ne hanno permesso il rilascio; 2) chiamare le SOA a rispondere delle conseguenze dovute all'incapacità che l'appaltatore dovesse dimostrare in sede esecutiva; 3) attribuire alle SOA il dovere di attivare le procedure di "*allerta*" in maniera da evitare i casi di imprese che in base all'attestazione SOA sarebbero idonee e che, all'atto pratico, vanno in crisi.

3. Subappalto

Bisogna assolutamente correggere l'articolo 105 del Codice 50 eliminando, come ci impone l'Unione europea, i limiti al subappalto (30% e indicazione di tre subappaltatori), lasciando all'Amministrazione di decidere le parti dell'opera che un'impresa attrezzata, in quanto tale, non può eseguire che direttamente, altrimenti non ha ragione d'essere né un sistema di qualificazione basato su un'impresa strutturata per eseguire e non per esternalizzare, né la previsione comunitaria dell'eseguire con qualsiasi mezzo che il nostro ordinamento ha applicato soltanto al contraente generale e che invece finirebbe per essere generalizzata. Non è che questo sia vietato, ma se così fosse, bisognerebbe prenderne atto e modulare il sistema di qualificazione su un profilo di impresa che prescindere dal possesso di attrezzature e manodopera e si basi su un'organizzazione tarata per svolgere compiti di regia dell'intervento.

Un'ultima notazione riguarda l'importanza che le Direttive attribuiscono alle referenze. Ebbene, di queste non v'è traccia nel nostro ordinamento, mentre sono il vero parametro della capacità imprenditoriale in quanto consistono nel dimostrare la soddisfazione dei precedenti committenti per i quali l'impresa ha lavorato.

4. Avalimento

L'applicazione pratica ha dato vita ad applicazioni funamboliche, ragion per cui occorre ristabilire un sistema lineare, il quale stabilisca che l'avalimento avviene con il subappalto.

Inoltre, bisogna tenere presente che, nei lavori pubblici, la qualificazione dimostrata con l'attestazione SOA non permette di conoscere i requisiti (fatturato, lavori analoghi, dipendenti, attrezzature) dell'impresa e

l'avvalimento avviene solo documentalmente, con la conseguenza che l'impresa ausiliaria potrebbe prestare un requisito (per es. i lavori analoghi) che, essendo "nascosto" dietro l'anonimato dell'attestazione SOA, nulla dice sulla capacità prestata.

5. Criteri di aggiudicazione

Il suggerimento che l'esperienza di questi ultimi quindici anni ci consegna è quella di abbandonare il nostro ondeggiare tra il massimo ribasso e la qualità/prezzo (individuata, in vigenza del precedente Codice 163, con l'espressione offerta economicamente più vantaggiosa).

Va sottolineato che entrambe presentano spazi di discrezionalità tecnica: infatti, anche nel massimo ribasso, non vi è automatismo in quanto la stazione appaltante può essere, ed è normalmente, chiamata a valutare l'eventuale anomalia e, in questa attività, potrebbe annidarsi lo stesso rischio che i fautori di questo criterio intravedono nell'utilizzo della qualità/prezzo.

D'altronde, imponendo come fa il Codice 50, l'obbligo di porre a base d'asta un progetto esecutivo, è contraddittorio imporre il ricorso al criterio della qualità/prezzo, in quanto costringe le stazioni appaltanti ad inventare criteri qualitativi incompatibili con un progetto esecutivo e, alla fine, causa di distorsione.

La proposta è dunque quella di lasciare la scelta alle stazioni appaltanti.

6. Appalto integrato

Connesso strettamente con il problema dei criteri di aggiudicazione è l'istituto dell'appalto integrato in cui l'appaltatore è chiamato non solo ad

eseguire ma anche a progettare. Si tratta di un istituto concepito per contrastare il fenomeno delle varianti, in quanto fa risalire la responsabilità della completezza progettuale in capo all'impresa, la quale non ha quindi titolo per eccepire difetti progettuali perché, se esistono, dipendono soltanto da essa e sono perciò da introdurre, ma non da pagare.

7. Le concessioni

In tema di concessioni, molti potrebbero essere i temi da affrontare, ma in ragione dell'importanza del tema e delle esigenze di sinteticità del presente contributo, ci si limita ad una considerazione di portata fondamentale per l'affermazione di questo istituto di partenariato pubblico privato (PPP) nel nostro ordinamento.

Intendiamo riferirci all'esigenza, più volte evidenziata dagli operatori del settore, che la figura del concessionario non venga appiattita su quella del costruttore e, comunque, che quest'ultimo non debba necessariamente entrare nella compagine societaria della SPV concessionaria.

In altre parole, il concessionario dovrebbe poter essere un investitore (per così dire) puro ossia un soggetto specializzato nell'investimento e nella gestione, a proprio rischio, dell'intera fase di costruzione e gestione, che assembli e coordini gli apporti dei vari appaltatori (costruttori, gestori) per la buona riuscita del progetto e senza avere i conflitti di interesse tipici del costruttore.

Parliamo di fondi di investimento in infrastrutture alimentati da investitori istituzionali quali assicurazioni, fondi pensione e casse di previdenza, secondo un crescente trend internazionale, che ha portato il PPP tradizionale a trasformarsi in un PPP istituzionale, con maggiori garanzie di solidità finanziaria e qualificazione professionale.

Una revisione delle norme volta a favorire la c.d. eleggibilità del PPP (ovvero compatibilità con investimenti di *equity* di soggetti privati ma 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.

Sul tema, si possono fornire alcuni dati: dal 2007 ad oggi il patrimonio degli investitori istituzionali italiani è più che raddoppiato, passando da circa 400 ad oltre 1.000 miliardi di euro, seguendo un *trend* analogo a quello di tutti gli altri paesi OCSE.

Nella *Long Term Infrastructure Investor Association* (LTIIA), che accoglie un solo operatore italiano, vi sono investitori istituzionali in infrastrutture con oltre 10mila miliardi di dollari di patrimonio, che solo in piccolissima parte vengono nel nostro paese e quasi mai per iniziative di nuova costruzione.

Infine, va richiamata la prospettiva del c.d. Piano Juncker e del futuro programma di supporto agli investimenti in economia reale dell'UE, che include le infrastrutture, con la prospettiva di generare investimenti per 650 miliardi di euro nell'UE in quei Paesi capaci di attivare il loro risparmio istituzionale.

Da ultimo, si evidenzia altresì che sarebbe da riconsiderare l'art. 177 del Codice Appalti che, nella misura in cui estende anche ai servizi – oltre che alla costruzione – l'obbligo di gara pubblica a carico del concessionario, riduce i benefici di efficienza del coinvolgimento privato, creando talvolta veri e propri paradossi laddove presuppone la presenza di un mercato concorrenziale ampio di operatori che non sempre è effettivamente presente.

8. Gli investimenti

A completamento di tali osservazioni, è poi opportuno anche fornire un inquadramento del contesto economico nel quale è destinata a collocarsi ogni futura decisione legislativa sulla materia dei contratti pubblici.

Sin dal 1988, l'IGI conduce un'attività di monitoraggio degli importi delle gare bandite per opere pubbliche, poi estesa, a partire dal 2012, anche ai settori dei servizi e delle forniture.

Circa vent'anni fa (2002), nel nostro Paese sono state bandite gare di lavori per ben 50 miliardi di euro, a fronte di un 2018 che ha invece chiuso con un importo complessivo di soli 14 miliardi di euro.

Paradossalmente, oggi si investe in opere pubbliche la stessa cifra spesa tra la fine degli Anni Ottanta e gli inizi degli Anni Novanta, seppur con una incalcolabile differenza di potere d'acquisto.

Per gli affidamenti di servizi, il 2012 ha fatto invece registrare 17 miliardi di spesa, poi arrivati a 39 miliardi nel 2018, e lo stesso è accaduto per le forniture, che sono passate dai 24 miliardi del 2012 ai 33 miliardi del 2018 (con una punta di 45 miliardi registrata nel 2014).

Pertanto, se inizialmente l'importo totale degli affidamenti pubblici era caratterizzato da una netta prevalenza dei lavori rispetto alle forniture e ai servizi, nell'arco dell'ultimo ventennio si è assistito ad una lenta e graduale flessione della spesa in opere pubbliche, a fronte invece di un esponenziale incremento degli affidamenti di servizi e forniture, che appare ancora più evidente se rapportato ad un lasso temporale di minore durata, vale a dire di soli dieci anni.

Questi dati rivelano dunque un'inversione di tendenza, che è di certo segno del fatto che in particolar modo l'aumento del numero di gare di servizi è dipeso dalla crescente tendenza della P.A. all'esternalizzazione, alla quale però non ha fatto riscontro una contestuale riduzione della spesa sostenuta per il personale; ma, rivelano anche una preferenza di spesa per affidamenti,



Istituto Grandi Infrastrutture

come appunto quelli di servizi e forniture, che per loro natura non generano crescita ed occupazione (anche in termini di indotto) per il Paese, oltre a non portare alcun incremento nel patrimonio dello Stato, come avviene invece nei diversi casi in cui si intraprendono decisioni di spesa infrastrutturale e di apertura dei cantieri.