

AUDIZIONE

SENATO DELLA REPUBBLICA

COMMISSIONE VIII LAVORI PUBBLICI, COMUNICAZIONI

INDAGINE CONOSCITIVA SULL'APPLICAZIONE

DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (Dlgs 50/2016)

11 aprile 2019

Illustre Presidente e Senatori,

Confindustria Servizi Innovativi e Tecnologici ringrazia per la possibilità di esprimere le proprie considerazioni nell'ambito dell'attività conoscitiva avviata dall'VIII Commissione Lavori Pubblici e Comunicazioni del Senato in merito all'applicazione del Codice dei Contratti Pubblici.

Quelle che intendiamo portare alla Vostra attenzione sono valutazioni di carattere generale e specifico su alcuni profili disciplinati dalla norma richiamata.

Mi permetto di introdurre un rapido profilo di Confindustria Servizi Innovativi e Tecnologici a beneficio della Commissione per chiarire l'ambito del profilo di rappresentanza della Federazione.

Confindustria Servizi Innovativi e Tecnologici è la Federazione di Confindustria a cui aderiscono 30 Associazioni di categoria e 40 Sezioni territoriali dislocate presso le territoriali di Confindustria in rappresentanza di diverse attività di servizi, per le imprese e le Pubbliche Amministrazioni: dall'Information Technology – software, cloud, outsourcing, servizi e applicazioni satellitari – alle imprese di consulenza, ingegneria ambientale, servizi di facility management ed efficienza energetica, servizi di gestione delle reti tecnologiche, servizi di comunicazione e marketing, ai servizi di valutazione della conformità di prodotto, processo e sistemi; servizi di knowledge ed education, finanziari e per il credito, servizi professionali alle imprese.

Qualche numero della nostra rappresentanza: siamo più di 7.550 imprese e 149.000 dipendenti, contando anche collaboratori e partite iva il numero della forza lavoro complessiva è più che doppia.

Il Settore in Italia arriva a numeri più che consistenti: 960.000 tra grandi, medie, piccole e micro imprese; 2.300.000 addetti, di cui il 56% dipendenti; 274 miliardi di euro di fatturato e 117 miliardi di valore aggiunto.

Un Settore dei servizi che ha un ruolo rilevante nel mercato del procurement pubblico - se si pensa che gli ultimi dati ANAC relativi al periodo gennaio-aprile 2018¹ mettono in evidenza che oltre il 40% delle procedure di affidamento perfezionate di importo superiore o uguale a € 40.000 sono relative a contratti di servizi e che nello stesso periodo il valore degli importi affidati è in crescita del 49,5% nei settori ordinari e del 20,5% nei settori speciali.

Un Settore che potrebbe dare un contributo ancor più rilevante al procurement pubblico ampliando la partecipazione delle PMI, favorendo la concorrenza con benefici nei livelli di qualità dei servizi offerti alle Pubbliche amministrazioni.

Premessa

L'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (Dlgs 50/2016) è stata considerata dalla Federazione come un importante cambio di passo per portare una trasformazione del mercato della domanda pubblica.

Una riforma che abbiamo seguito da vicino, caratterizzata da molteplici aspetti innovativi: la semplificazione strutturale del quadro normativo esistente, trasparenza nelle procedure, l'affidamento all'ANAC di un ruolo centrale di vigilanza e regolazione, la qualificazione delle stazioni appaltanti e la centralizzazione della committenza, l'attenzione riservata alle micro, piccole e medie imprese con la necessità di garantire la concorrenza e la competitività dei settori produttivi e dei servizi coinvolti.

Abbiamo particolarmente apprezzato, tra le altre, l'introduzione di alcuni criteri la cui corretta applicazione avrebbe secondo noi consentito un avvicinamento al mercato del procurement pubblico delle PMI:

- adozione dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità prezzo quale criterio prevalente di affidamento e, ancora l'obbligo dell'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento dei servizi di natura tecnica e di natura intellettuale, e dei servizi a contenuto tecnologico nonché dei servizi ad alta intensità di manodopera,

¹ Rapporto Quadrimestrale ANAC analisi effettuate sulla base dei dati presenti nella BDNCP aggiornati alla fine del mese di agosto 2018.

- favorendo il confronto e la competizione dei partecipanti sul giusto mix qualità-prezzo;
- il ricorso alla suddivisione in lotti nel rispetto della normativa UE; il principio di miglioramento delle condizioni di accesso ai mercati degli appalti pubblici anche attraverso il divieto di aggregazione artificiosa degli appalti rafforzato dall'obbligo di motivazione della mancata suddivisione in lotti;
 - semplificazione delle procedure di gara svolte da Consip e dalle centrali di committenza con la revisione degli accordi quadro, per assicurare la più ampia partecipazione delle micro, piccole e medie imprese;
 - la trasparenza delle informazioni, utilizzando strumenti elettronici, lungo tutto l'iter di svolgimento delle procedure esteso anche alla pubblicità dei relativi esiti e punteggi attribuiti;
 - le condizioni per una gestione trasparente degli appalti di servizi nei Settori speciali;
 - Il rafforzamento delle forme di partnership pubblico - privato quale forma alternativa alla gara per la realizzazione di opere e il procacciamento di servizi pubblici senza l'esborso di risorse pubbliche.

A più di due anni dall'ingresso della norma, riteniamo che il bilancio possa essere moderatamente positivo e che si debba lavorare per migliorare il codice introducendo correttivi, semplificando alcune procedure, migliorando alcuni punti della normativa e valorizzando anche i numerosi istituti innovativi presenti nel Codice.

Non condividiamo una posizione orientata ad una riscrittura complessiva del Codice. Ripartire da zero, significherebbe infatti ripercorrere nuovamente il lungo iter di analisi, scrittura, proposte consultazioni con il risultato di bloccare nuovamente il mercato degli appalti pubblici, l'operatività delle imprese, innescando anche ulteriori contenziosi.

Manifestiamo, per questo, forti dubbi sull'avvio di un nuovo percorso ripartendo da una legge delega mentre riteniamo sia utile un decreto parlamentare per allineare alcuni punti del codice e introdurre alcuni correttivi.

In ogni caso, le revisioni tese a superare alcuni punti critici debbono essere inserite in un'ottica di adeguamento organico del Codice, evitando quindi interventi a macchia di leopardo, privilegiando anche la rapidità di intervento per non paralizzare ancora una volta un mercato che ha già subito nel 2016 uno stop prolungato nel momento dell'entrata in vigore della nuova normativa.

Quali sono secondo la federazione i punti irrinunciabili e da conservare della normativa attuale:

1. Affidamenti secondo il principio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

La Federazione ritiene assolutamente apprezzabile e da mantenere la scelta operata dal legislatore nel 2016 di stabilire una gerarchia tra i criteri di aggiudicazione, prevedendo **l'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità prezzo come criterio di adozione generale** (cfr. art. 95 commi 1 e 2) e il criterio del prezzo più basso di carattere residuale, applicabile dalle stazioni appaltanti solo in presenza di determinati presupposti. Ciò è ancora più valido oggi, **da condividere e sostenere**, anche alla luce dei riscontri positivi registrati dalle nostre imprese dall'entrata in vigore ad oggi. Per le imprese di Servizi innovativi e tecnologici, per quelle che svolgono attività e servizi di natura intellettuale e ad alto valore aggiunto, nonché per le imprese che offrono servizi ad alta intensità di manodopera l'offerta economicamente più vantaggiosa, mix di valutazione tecnica ed economica, consente di misurare **la qualità, la strutturazione e la capacità dell'impresa di confrontarsi sul mercato.**

Molte imprese hanno scelto di riavvicinarsi al mercato degli appalti pubblici proprio grazie alla possibilità introdotta dal nuovo Codice di valorizzare le proposte e soluzioni tecnicamente innovative, customizzate e di elevata qualità.

Questo indirizzo a nostro avviso estremamente positivo, deve essere preservato. Se il mantenimento del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità prezzo risultasse, in alcuni settori, collidente con le esigenze di celerità delle procedure di gara, si potrebbe ipotizzare una diversificazione dei criteri di aggiudicazione per i differenti settori: lavori, servizi e forniture. Tale differenziazione già avviene per altri aspetti che, per loro natura intrinseca non possono essere accumulati (si pensi, a titolo di esempio, alle soglie).

Questa soluzione permetterebbe di applicare in ciascun settore il criterio di aggiudicazione che maggiormente si confà alle specifiche esigenze.

2. Qualificazione delle stazioni appaltanti e loro concentrazione con garanzie di accesso al mercato per le PMI

Il tema della qualificazione è senz'altro fondamentale nelle due direzioni: qualificazione della domanda e dell'offerta. Va secondo noi sottolineato però il ruolo rilevante di un interlocutore pubblico estremamente qualificato che può così indirizzare ed essere leva per il miglioramento, l'innovazione e la qualificazione del mercato dell'offerta. La stazione appaltante deve essere, infatti, in grado di progettare l'intervento di gara, in modo consapevole, qualificato, indicando i livelli di qualità minima attesi dall'appalto. Questo, secondo noi, deve essere un principio guida negli appalti di lavori, servizi e forniture. Oggi, invece, siamo in presenza di un interlocutore pubblico che in molti casi non ha le competenze per programmare e progettare gli interventi e che, successivamente, non è in grado di assicurare la verifica sull'esecuzione e il controllo

su tutto il processo di affidamento: dalla realizzazione dell'opera/servizio fino al collaudo finale. Su questo punto ancora molto va fatto e le indicazioni contenute nel codice sembrano essere disattese.

3. Consip, Centrali di Committenza, Accordi Quadro: una revisione attenta a favorire la partecipazione delle PMI

Il Codice dei contratti pubblici, che affida un ruolo rilevante alla Consip e alle Centrali di Committenza, ha dato un ulteriore sviluppo alla riflessione, già avviata in tema di razionalizzazione delle stazioni appaltanti (da 32.000 a 35) e centralizzazione degli affidamenti, fissando regole puntuali che obbligano le amministrazioni ad avvalersi di centrali di committenza².

Si tratta di scelte innovative in una prospettiva di efficienza, semplificazione, maggiore efficacia dei controlli, che però devono essere implementate con estrema cautela per evitare:

- che la centralizzazione, la specializzazione della domanda si trasformi in oligopolio e possa penalizzare l'offerta delle PMI, che hanno una rilevante specializzazione territoriale, come correttamente sottolineato nel parere del Consiglio di Stato³ qui di seguito richiamato *“Si osserva che, se è importante ridurre le stazioni appaltanti per specializzarle, da un lato è necessario un rigoroso sistema di controlli e vigilanza sulle grandi stazioni appaltanti e grandi centrali di committenza, e dall'altro, occorre evitare che un oligopolio sul versante della domanda possa penalizzare, su quello dell'offerta, le PMI. Sotto tale profilo il principio di delega che esige misure di tutela delle PMI nei confronti della grande committenza va soddisfatto ponendo nel codice chiari confini ai poteri demandati agli atti attuativi di Consip e altre centrali di committenza.”*;

- che l'obiettivo principale della concentrazione si focalizzi più sulla riduzione dei costi e meno sulla qualità dell'offerta, e che invece nell'ambito della razionalizzazione della spesa pubblica siano da favorire acquisti di qualità e innovativi alla PA migliorando la capacità di scegliere non solo sulla base del prezzo ma del “valore”.

E' importante identificare una soluzione e il giusto mix tra aggregazione e razionalizzazione a garanzia di un mercato aperto alla competizione per:

² Art. 38: possono procedere ad affidamenti solo le stazioni appaltanti (SA) in possesso di adeguata qualificazione - ovvero con capacità di programmazione e progettazione; capacità di affidamento; capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura, incluso collaudo e messa in opera. Le stazioni appaltanti non qualificate ricorrono ad una centrale di committenza ovvero procedono con aggregazione ad una o più SA con le necessarie qualifiche

³ Parere del Consiglio di Stato, 21 marzo 2016.

- assicurare che acquisti pubblici siano un motore di innovazione e valorizzino le tante PMI italiane che rappresentano il 94% del nostro sistema industriale, con particolare riferimento al digitale e alle filiere presidiate dalla Federazione;
- favorire acquisti di qualità e innovativi alla PA migliorando la sua capacità di scegliere non solo sulla base del prezzo ma del “valore”;
- evitare che le Convenzioni e gli Accordi Quadro possano diventare strumento per aggirare le previsioni in merito alla suddivisione in lotti, danneggiando le PMI.

In questo senso, la Federazione pone attenzione all'art. 41 "Misure di semplificazione delle procedure di gara svolte dalle centrali di committenza"⁴ che demanda alla CONSIP e ai soggetti aggregatori/centrali di committenza la revisione degli **Accordi Quadro**, Convenzioni.

Una particolare considerazione va fatta al ricorso ad Accordi Quadro nell'ambito degli affidamenti di Servizi innovativi, ad alto valore aggiunto.

Gli appalti quadro vengono introdotti per semplificare le procedure e contenere i costi per le PA (si tratta infatti di acquisti ripetuti con lo stesso schema), per personalizzare gli acquisti mantenendo comunque economie di scala dovute all'aggregazione della domanda. L'attuale formulazione, vicina al modello introdotto in Europa, ben si adatta nel caso di appalti seriali e ripetitivi e produce buoni risultati.

Nell'ambito degli appalti di Servizi Innovativi, ad alto valore aggiunto, è necessario tuttavia un intervento di revisione dell'Accordo quadro per sfruttare il contenuto di innovazione dello strumento orientandolo ad aree progettuali più definite, personalizzate per affrontare esigenze concrete della Pubblica Amministrazione con una maggiore progettualità a fondamento del bando di gara.

Occorre evitare che gli Accordi Quadro si traduca in uno strumento limitativo della partecipazione delle PMI che con la loro forte specializzazione nei territori e know how sono capaci di portare soluzioni innovative e reale valore aggiunto alle Pubbliche Amministrazioni

Quali sono secondo la Federazione gli **elementi per una revisione efficace e bilanciata** del Codice:

⁴ Entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, CONSIP Spa, i soggetti aggregatori e le centrali di committenza procedono alla revisione degli accordi quadro, delle convenzioni e delle procedure di appalto utilizzabili, al fine di migliorare la qualità degli approvvigionamenti e ridurre i costi e i tempi di espletamento delle gare, promuovendo anche un sistema di reti di committenza volto a determinare un più ampio ricorso alle gare e agli affidamenti di tipo telematico e l'effettiva partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese, nel rispetto delle disposizioni stabilite dal presente codice e dalla normativa dell'Unione europea.

1. **Certezza del diritto, trasparenza ed efficacia delle norme e della relativa regolamentazione**

Indubbiamente uno degli elementi di grande innovazione del nuovo Codice ovvero una normativa primaria accompagnata da una Soft Law, Linee Guida dell'ANAC e Decreti attuativi, non può dirsi compiuto. Ancor oggi mancano all'appello una serie di provvedimenti regolatori funzionali ad un completamento dell'azione normativa del Codice e in alcuni casi la semplificazione ha, per ora, portato un vuoto di regolamentazione.

Che sia quindi necessario procedere speditamente appare di tutta evidenza, ma occorre fare attenzione alle modalità con cui si va ad intervenire. Occorre, a parere della Federazione trovare una soluzione adeguata, eventualmente reintroducendo un regolamento, ma **salvaguardando la flessibilità e adattabilità della regolamentazione attuativa**, mantenendo e rafforzando il ruolo di ANAC quale Autorità di accompagnamento, indirizzo e vigilanza collaborativa, che possa indicare percorsi, soluzioni e possibili conseguenze dei singoli interventi delle Amministrazioni per favorire scelte consapevoli; rafforzando parimenti l'operatività dell'ANAC nel ruolo che svolge in fase di precontenzioso.

Una reintroduzione di un regolamento attuativo dovrebbe accompagnarsi, a parere della Federazione, ad una segmentazione della disciplina nei tre ambiti lavori, servizi e forniture, sempre preservando la capacità di aggiornamento flessibile e rapido delle regole e stabilità normativa.

Infine, un punto apprezzabile e che riteniamo sia necessario mantenere è relativo allo strumento della consultazione pubblica delle parti interessate relativamente ai provvedimenti regolatori e normativa di secondo livello.

2. **Semplificazione e digitalizzazione delle procedure di gara**

Occorre ridurre drasticamente la durata delle procedure di verifica ed analisi del procurement che durano mesi e in alcuni casi anche anni. Negli affidamenti di servizi innovativi e tecnologici in particolare, si tratta di tempi abnormi che rendono obsoleto il servizio o la fornitura nel momento in cui viene effettivamente erogata dall'affidatario. Per far ciò riteniamo utile semplificare anche attraverso meccanismi di digitalizzazione delle procedure amministrative/burocratiche che, peraltro, andrebbero portate avanti solo sulle offerte rispondenti ai criteri tecnici ed economici del bando.

Sottoponiamo all'attenzione il fatto che esiste un numero molto ingente di opere pubbliche che, seppur già finanziate, risultano bloccate dalle lungaggini di procedimenti giudiziari davanti ai TAR ed al Consiglio di Stato. Questa empassa sarebbe evitabile

ove venisse utilizzata maggiormente la formula dell'arbitrato, già prevista e regolata dal Codice dei contratti all'art. 209 nella forma della Camera Arbitrale per i contratti pubblici, istituita presso l'ANAC. Ciò permetterebbe di garantire certezza del diritto, competenza tecnico specifica dell'organo giudicante e tempi compatibili con le tempistiche attese di realizzazione delle opere oggetto di appalto.

3. **Garantire una sana concorrenza nel mercato, evitando ingerenza del pubblico**

Il Codice dei contratti pubblici ha introdotto strumenti di trasparenza indicando chiaramente nell'art. 5 comma I, i casi di affidamenti non rientranti nel perimetro di applicazione del Codice. Si tratta di concessioni o appalti pubblici nei settori ordinari o speciali che soddisfino tutte e tre i seguenti criteri:

- a) esercitare sulla persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- b) l'80% delle attività della persona giuridica controllata, effettuata per la controllante;
- c) assenza di capitale privato nella persona giuridica controllata.

Tuttavia, secondo la Federazione, rimane ancora troppa discrezionalità e ampi margini per gli affidamenti diretti in house se si osserva il contenuto dell' art. 192⁵ del nuovo codice degli appalti con il quale si rende ancora possibile alle società in house di procedere ad affidamenti diretti anche di servizi **strumentali disponibili sul mercato**, pur prevedendo una serie di vincoli: verifiche preventive di congruità economica e motivazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato, benefici per la collettività.

4. **Offerta economicamente più vantaggiosa**

Auspicabile secondo la Federazione prevedere:

⁵ Art. 192 Regime speciale degli affidamenti in house. 1)E' istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house. L'iscrizione al predetto elenco, nelle modalità e secondo i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto, consente di procedere mediante affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale. Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto previsto al comma 3.

2). Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

- a) nelle Linee guida ANAC ovvero nel futuro regolamento l'inserimento dell'elenco dei servizi di cui all'art. 95 comma 3 che sono considerati di natura tecnica, di natura intellettuale e ad alta intensità di conoscenza;
- b) il rafforzamento della obbligatorietà dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità prezzo, quale criterio esclusivo per i servizi ad elevata intensità di manodopera. Un'ipotesi diversa che prevedesse la possibilità del ritorno del prezzo più basso, favorirebbe quelle imprese che, per poter sostenere condizioni economiche concorrenziali, operano riducendo i diritti dei lavoratori a scapito della qualità del servizio. L'introduzione dell'obbligatorietà di detto criterio di aggiudicazione ha, infatti, spostato la competizione tra imprese dalla riduzione dei costi, ottenuta facendo leva sulla riduzione di tutele per i lavoratori, all'investimento per la qualificazione delle imprese, in particolare in tema di qualità dei processi, certificazioni possedute, formazione dei lavoratori, sicurezza. Ciò ha determinato effetti positivi in termini di qualità del servizio offerto, di tutela dei lavoratori nonché crescita in un momento storico di trasformazione digitale del sistema imprenditoriale;
- c) che l'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'aggiudicazione escluda la facoltà della stazione appaltante o ente aggiudicatore di richiedere un'offerta migliorativa in qualsiasi fase del procedimento. Gli effetti positivi dell'utilizzo del criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa vengono tuttavia vanificati dalla possibilità di richiesta di migliorative successive alla valutazione delle offerte ricevute. Questa risulta essere la prassi utilizzata da diversi enti aggiudicatori che si riservano la facoltà, una volta valutate le offerte ricevute, di richiedere ad uno o più offerenti una migliorativa sulla sola parte economica. In tal modo la valutazione finale viene limitata al solo fattore del prezzo, reintroducendo indirettamente quindi il criterio del massimo ribasso. Per tale ragione, tale possibilità deve essere esplicitamente esclusa dalla normativa. Nei casi, da ritenere residuali, in cui si procede ad una negoziazione sull'offerta economica, l'aggiudicazione deve sempre avvenire sulla base della ponderazione dell'elemento tecnico con quello economico. Si sofferma l'attenzione, inoltre, sull'essenzialità di condurre valutazioni stringenti ed effettive sulla anomalia delle offerte economiche.

5. Strumenti e procedure per consentire la partecipazione anche di PMI Suddivisione in lotti

Uno dei punti della riforma del Codice che è sembrato particolarmente innovativo e capace di riavvicinare le tante PMI al mercato degli appalti pubblici è proprio la previsione di divieto di aggregazione artificiosa dei lotti e l'obbligo di suddivisione in lotti funzionali.

Nonostante ciò, ancor oggi la possibilità data alle stazioni appaltanti di motivare la mancata suddivisione ovvero la parcellizzazione di gare di imponenti dimensioni in lotti comunque di dimensioni consistenti non hanno di fatto favorito la concorrenza nel mercato escludendo le PMI che, ricordiamo rappresentano comunque più del 94% del tessuto imprenditoriale italiano.

Il tessuto imprenditoriale delle PMI, pur essendo caratterizzato da una profonda conoscenza delle esigenze della P.A. sul territorio, è svantaggiato dal sistema di procurement pubblico. Ma la conoscenza territoriale delle PMI, la loro verticalizzazione, può portare reale aumento di valore aggiunto per la PA attraverso gare legate ad una progettualità concreta ed orientata ad affrontare temi reali dei territori, favorendo peraltro un ampliamento della concorrenza di mercato.

Un'analisi dei diversi settori, anche nell'ambito stesso dei servizi innovativi, mette in luce situazioni certamente differenti ma con un unico comun denominatore: nell'IT, nelle applicazioni e servizi per lo spazio, nei servizi di efficienza energetica, nei servizi ambientali, nella consulenza, nei servizi innovativi di gestione delle infrastrutture tecnologiche, le piccole e medie imprese sono validi interlocutori delle grandi imprese, capaci di portare nel mercato innovazioni disruptive e di grande interesse.

Occorre quindi riflettere sull'opportunità di poter prevedere un meccanismo che ne faciliti la partecipazione anche diretta, magari evitando percorsi tesi ad introdurre vere e proprie riserve per le PMI, ma introducendo ad esempio dei meccanismi premiali per appalti partecipati in filiera da grandi imprese e PMI.

6. Abolizione del comma 12, art. 84 – Sistema di qualificazione alternativo

Per evitare la penalizzazione delle PMI, riteniamo sia opportuno eliminare quanto previsto all'art. 84 comma 12 che apre la strada alla possibilità, da parte delle stazioni appaltanti particolarmente qualificate, di adottare un sistema di qualificazione dei propri fornitori alternativo, costituendo una sorta di elenco/albo di fornitori di riferimento.

Tale sistema infatti potrebbe essere foriero di distorsioni competitive a favore di operatori economici già noti e particolarmente conosciuti dalle stazioni appaltanti nonché disparità di trattamento tra operatori qualificati in diversi ambiti territoriali/regionali, pur essendo operanti nel medesimo settore economico.

7. Conflitto di interesse, art. 42

Riteniamo sia opportuno prevedere un irrigidimento delle cause di esclusione (presunzione automatica di conflitto di interesse) in caso di partecipazione alle gare di aziende partecipate/controllate dalle stazioni appaltanti. In questo senso la

Federazione ha voluto portare il proprio contributo in sede di consultazione pubblica dell'ANAC che si produce in allegato alla presente nota (ALL.1).

8. Art. 105 Subappalto

In materia di subappalto sono due le riflessioni richieste dalla Federazione, anche alla luce della recente lettera di costituzione in mora della Commissione europea dello scorso 24 gennaio.

- a. Preservare il limite imposto del 30% delle attività subappaltabili ritenendo che tale vincolo non sia un limite posto alla concorrenza e alla partecipazione delle PMI piuttosto una corretta impostazione del Codice che presuppone la capacità dell'aggiudicatario di svolgere con competenza e mezzi propri buona parte del contratto, della fornitura o del servizio che è chiamato a realizzare.
- b. Obbligo di indicazione della terna.

Nel Codice è stato introdotto l'obbligo di indicare una terna di imprese per ogni attività che si voglia subappaltare (Art. 105 comma 6). Questa previsione, unitamente al disposto dell'art. 80, comporta un abnorme onere di verifica in capo all'offerente, che peraltro risulta soggetto responsabile di tutti i requisiti dei subappaltatori, onde non essere escluso dal procedimento di gara; onere che risulta ancor più gravoso con riferimento alle gare di manutenzione in cui sono particolarmente numerose le attività subappaltabili. Peraltro la stessa previsione dell'esclusione dalla gara per il concorrente che abbia indicato un subappaltatore privo dei requisiti di carattere generale appare eccessivo, oltre che ingiusto e sproporzionato se si considera che il concorrente non può eseguire una vera verifica circa il possesso dei requisiti generali da parte del subappaltatore potendosi solo affidare alle autodichiarazioni rese da quest'ultimo.

Nei contratti di appalto di servizi con oggetti contrattuali molto ampi, l'obbligo di indicare la terna di imprese per ogni attività da subappaltare si traduce in obbligo di individuare decine e decine di imprese. Tra l'altro, in forza dell'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori, le imprese concorrenti potrebbero trovarsi nella situazione di indicare i medesimi subappaltatori, con conseguente rischio di diffusione di informazioni riservate attinenti alle offerte che potrebbero influenzare il corretto svolgimento dell'iter di gara. Inoltre, posto che l'affidamento del subappalto ha luogo in tempi notevolmente differiti rispetto alla fase di affidamento, non sono chiare le conseguenze laddove, in fase di esecuzione, i nominativi indicati non fossero più disponibili.

Inoltre, la previsione dell'indicazione della terna di subappaltatori già in fase di gara espone, a nostro avviso, le aziende partecipanti al rischio di vedersi "imporre" le

condizioni di subappalto dagli stessi subappaltatori che, in fase di aggiudicazione, si trovano nella posizione forte di essere gli unici soggetti "autorizzabili". Per evitare tale eccessivo dispendio di energie e risorse in fase di offerta, quando ancora non si sa se i subappalti verranno effettivamente realizzati, riteniamo opportuno posticipare tale obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori alla successiva fase esecutiva.

9. Centralità dei controlli per rilanciare la qualità nel processo di realizzazione delle opere pubbliche

Il tema del controllo riveste un ruolo centrale all'interno del processo di progettazione, di realizzazione e di manutenzione di un'opera.

Il Codice dei Contratti Pubblici fornisce l'opportunità di recepire questa esigenza mediante un ampliamento delle attività di verifica nel corso del processo realizzativo - che dovrebbero avviarsi fin dalla fattibilità tecnico-economica dell'opera e proseguire fino all'alta sorveglianza dei lavori. Un sistema di verifiche, strutturato sulla centralità dei concetti di "terzietà" e "imparzialità" rispetto ai soggetti interessati dal processo di realizzazione, affidate ad Organismi di ispezione che garantiscono il massimo grado di indipendenza (c.d. organismi di Tipo A) previsto dallo standard ISO/IEC 17020. Organismi indipendenti, competenti ed accreditati che possono assumere il ruolo e la responsabilità di interlocutore unico del RUP durante l'intero processo. Questo in risposta anche alle richieste del mondo assicurativo per il rilascio delle garanzie decennali e degli Istituti di credito nel partenariato pubblico-privato.

Sette i punti di intervento proposti, frutto di un ripensamento dell'attività dei controlli per garantire la qualità dell'opera e il rispetto delle tempistiche, a tutela del committente e della comunità:

- 1) Per ogni proposta inserita nel Piano triennale e annuale attuativo previsto dalla Stazione Appaltante, la verifica dello Studio di Fattibilità con Analisi Costi-Benefici, Analisi del Valore, ecc.;
- 2) Verifica preventiva della progettazione (tutti i livelli: Progetto di Fattibilità Tecnico-Economico, Progetto Definitivo e Progetto Esecutivo);
- 3) Verifica delle Offerte presentate dalle Imprese Appaltatrici;
- 4) Verifica della capacità organizzativa e gestionale dell'Appaltatore contenuta nel Piano Qualità per la commessa specifica;
- 5) Verifica del Progetto ingegnerizzato dall'Appaltatore (Progetto Costruttivo) o in caso di Appalto integrato verifica del livello Definitivo e/o Esecutivo e del Costruttivo fornito dall'Appaltatore;
- 6) Verifica della sostenibilità, durabilità delle opere, Piano di gestione e manutenzione e relativi costi;

7) Monitoraggio ed Alta Sorveglianza durante la realizzazione dei Lavori.

10. Ritardati pagamenti e Smobilizzo crediti derivanti da Appalti (Articolo 106, comma 13)

Il tema dei ritardati pagamenti è particolarmente sentito dalle imprese, anche quelle dei servizi innovativi e tecnologici. Nonostante gli interventi adottati con il D.lgs. n. 231/2002, di attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali che fissa il pagamento a 30 giorni o 60 giorni, quando nelle transazioni con la PA ciò' sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche, resta ancora un tema delicato e critico. I tempi di pagamento troppo spesso non sono rispettati dalle Pubbliche Amministrazioni con gravi ripercussioni sulla liquidità delle imprese, in particolare PMI.

Proprio per questo riteniamo che, oltre a favorire meccanismi di smobilizzo dei crediti, sia opportuno anche nell'ambito pubblico facilitare i meccanismi di cessione del credito derivanti da appalti pubblici attraverso semplificazioni degli adempimenti amministrativi, allineando peraltro le procedure italiane a quelle già in uso in tutti i paesi europei.

In questo senso, si ritiene necessario intervenire con modifica al comma 13 dell'art. 106 del Codice là dove si prevede ancora che una pubblica amministrazione possa rifiutare la cessione di un credito da corrispettivo di appalto, concessione, concorso di progettazione benché la stessa possa opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente in base al contratto relativo a lavori, servizi, forniture, progettazione con questo stipulato.

L'attuale quadro normativo in materia di cessione dei crediti derivanti da appalti si trascina da un passato ormai remoto di privilegi a favore della PA e di vincoli formali, non previsti per le altre cessioni di credito ed ormai superati anche per talune cessioni di crediti PA, da ritenersi anacronistici ed eccessivamente burocratici, e che implicano difficoltà ed il sostenimento di ulteriori costi da parte delle imprese orientate allo smobilizzo dei crediti vantati verso la PA.

La proposta di emendamento formulata (ALL. 2), con la finalità di semplificare e sburocratizzare le norme sulla cessione dei crediti della PA in un contesto di operatori specializzati vigilati dalla Banca d'Italia, caratterizzato quindi dal rispetto dei requisiti di affidabilità ed onorabilità, consentirebbe di allineare le norme in esame alle più diffuse prassi adottate a livello europeo e facilitare l'accesso al credito alle imprese fornitrici della PA.

Le proposte si focalizzano su due tematiche ritenute ormai non rimandabili alla luce dell'evoluzione del contesto, dell'introduzione della fattura elettronica obbligatoria e della prassi diffusa nel contesto europeo:

1. Abolizione del privilegio del rifiuto della cessione da parte della PA.
2. Allineamento delle formalità della cessione di crediti verso enti pubblici alle cessioni fra privati, eliminando l'anacronistica necessità di atto pubblico e scrittura privata autenticata e la notifica a mezzo ufficiale giudiziario.

In particolare, si propone di rimuovere il privilegio della PA di rifiuto della cessione, ferma restando l'opponibilità al cessionario di tutte le eccezioni opponibili al cedente in base al contratto, come previsto dal codice appalti. Tale privilegio sopravvive ormai solo in Italia e non negli altri ordinamenti europei e non è più giustificato dal contesto economico, molto diverso dal contesto storico e normativo in cui tali disposizioni sono state emanate.

Si fa presente, infatti, che tale previsione di favore, che ancora resiste rispetto alla regola generale codicistica che non contempla la possibilità del debitore di rifiutare la cessione e in relazione alla quale la cessione del credito ha effetto nei confronti del debitore ceduto sia quando questi l'ha accettata sia quando la stessa gli è stata notificata (essendo in indifferente per il debitore dover adempiere al creditore originario piuttosto che al nuovo creditore), non è rintracciabile negli ordinamenti giuridici dei principali paesi europei (es. Francia, Germania, Paesi Bassi, Polonia, Regno Unito, Spagna).

Preme ricordare che esistono numerose sentenze sul tema che sottolineano che "nessuna rilevanza assume ai fini della validità della cessione l'eventuale accettazione della cessione da parte del debitore ceduto, per il quale è indifferente dover adempiere al creditore originario piuttosto che al nuovo creditore; che, anche nel caso di cessione di crediti futuri, il contratto di cessione non è condizionato all'accettazione del debitore ceduto ma si perfeziona per effetto del solo consenso dei contraenti, cedente e cessionario, ed il trasferimento del diritto di credito ceduto si verifica nel momento in cui il credito viene ad esistenza (Cass. 31/8/2005 n. 17590)".

Giova inoltre segnalare che si sta purtroppo registrando un nuovo fenomeno che incide negativamente sulla liquidità delle imprese in quanto ostacola l'accesso al credito: un numero significativo di enti del settore sanitario, con argomentazioni giuridicamente non robuste e non riconducibile a problematiche della fornitura, rifiutano sistematicamente le cessioni o emettono delibere con cui dispongono un generale diniego e rifiuto per tutte le cessioni che dovessero pervenire all'Ente e l'indicazione di inserire nei contratti specifiche clausole di divieto di cessione dei crediti.

Si propone inoltre il superamento delle formalità della cessione dei crediti PA (atto pubblico e scrittura privata autenticata, richiesta di notifica a mezzo ufficiale giudiziario) ritenute anacronistiche, contrarie alla logica della semplificazione e del risparmio dei costi (i costi notarili sono infatti in genere a carico del cedente) e già superate per le cessioni di crediti PA in alcune normative.

La cessione deve poter essere stipulata anche con scrittura privata, come previsto dal DL 66/14 per le cessioni di crediti certificati, e la notifica non deve necessariamente richiedere il ricorso all'Ufficiale Giudiziario, come già espresso in alcune sentenze e già previsto nelle semplificazioni inizialmente introdotte dal decreto 35/2013 che all'art. 8 recitava "La notificazione dei predetti atti di cessione, anche se posti in essere prima della data di entrata in vigore del presente decreto, può essere effettuata direttamente dal creditore anche mediante consegna dell'atto con raccomandata a mano ovvero con avviso di ricevimento."

In ordine alle formalità della notifica, è utile rammentare che una sentenza relativamente recente della Corte di Cassazione (Civile Sent. Sez. 1 Num.23273/2014, pubblicata il 31 ottobre 2014) si esprime nei termini di esclusione di forme particolari per la notifica della cessione, chiarendo che "non v'è quindi ragione per derogare al principio generale secondo cui non è necessario che la notifica al debitore ceduto venga eseguita a mezzo di ufficiale giudiziario" e che "la notificazione della cessione, non identificandosi con quella effettuata ai sensi dell'ordinamento processuale, costituisce un atto a forma libera, non soggetto a particolari discipline o formalità".

Non vi è ragione, infine, per non prevedere per le cessioni dei crediti d'impresa a banche e intermediari (Cessioni ex L. 52/91) le medesime formalità di notifica previste anche per i crediti oggetto di cartolarizzazione dalle disposizioni di cui alla LEGGE 30 aprile 1999, n. 130.

Preme infine sottolineare che le proposte di modifica dell'art.106 comma 13 sopra avanzate non sono suscettibili di determinare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Il permanere dell'obbligo di autorizzazione alla cessione e la conseguente discrezionalità nella concessione della stessa costituisce vincolo e blocco per la crescita e lo sviluppo di quelle aziende che lavorano prevalentemente con la PA.

ALL. 1

Osservazioni Confindustria Servizi Innovativi e Tecnologici alle proposte di Linee Guida recanti «Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici»

Rif. paragrafo 2 – Definizione del conflitto di interesse ai sensi dell’art. 42 del Codice dei contratti pubblici

La Federazione concorda e apprezza l’impostazione delle Linee Guida proposta relativamente al conflitto di interesse di cui all’art. 42 del codice dei contratti pubblici e, in particolare, l’estensione di cui al punto 2.2 dell’ambito soggettivo della norma, includendo anche le stazioni appaltanti tra i soggetti potenzialmente in conflitto di interesse, laddove sussista un rapporto di controllo e/o collegamento ex articolo 2359 del codice civile tra la committente e taluno dei concorrenti alla gara.

Il conflitto di interesse può manifestarsi anche nelle ipotesi in cui sussista un legame indiretto tra la “società” committente e la “società” concorrente. E’ il caso, ad esempio, in cui una società terza eserciti un controllo/influenza dominante/influenza notevole sia nei confronti della stazione appaltante che dell’operatore economico che partecipa alla gara. Pertanto, si propone di integrare il punto 2.2 come segue:

*“Il conflitto di interesse può manifestarsi anche direttamente in capo alla stazione appaltante, come avviene, ad esempio, nell’ipotesi in cui tra la stessa e un concorrente esista un rapporto di controllo o collegamento ex articolo 2359 del codice civile, **anche di tipo indiretto**”.*

Rif. paragrafo 4 – Ambito soggettivo di applicazione dell’articolo 42

Coerentemente alle integrazioni proposte al punto 2.2, si ritiene necessario specificare che l’ambito dell’articolo 42 si riferisce anche alle società nel loro complesso considerate, assumendo rilevanza la sussistenza fra le stesse dei rapporti di cui all’art. 2359 c.c., come sopra specificato.

Si propone, pertanto, di aggiungere in chiusura del paragrafo 4 l’espressa previsione, tra i soggetti interessati, anche dell’ente committente quale persona giuridica.

Rif. paragrafo 9 – Esclusione dalla gara del concorrente, annullamento dell’aggiudicazione e risoluzione del contratto

Alla luce di quanto previsto al paragrafo 2.2 e delle proposte integrazioni di cui sopra, si ritiene opportuno prevedere un'apposita causa di esclusione nelle ipotesi di cui all'art. 2359 del codice civile nonché ove sussista un collegamento indiretto tra committente e operatore economico che partecipa alla gara.

Non si può in alcun modo escludere il rischio che venga dato un indebito vantaggio ad una società partecipata, direttamente o indirettamente, da parte della stazione appaltante, in particolare nei casi in cui l'attribuzione del punteggio nelle gare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non sia legata a criteri oggettivi ma a valutazioni discrezionali dell'offerta tecnica presentata.

In tali ipotesi, infatti, il rischio che il concorrente venga indebitamente avvantaggiato in ragione del legame societario intercorrente con la stazione appaltante non risulta altrimenti eliminabile se non attraverso l'esclusione del concorrente, non sussistendo, di fatto, ulteriori interventi e strumenti in grado di garantire l'imparzialità di quest'ultima nell'espletamento della gara.

Il conflitto di interessi dovrà dirsi, pertanto, presunto e condurre all'esclusione del concorrente in virtù di quanto previsto all'art. 80, comma 5, lett. d) del D.Lgs. 50/2016.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, si ritiene opportuno aggiungere in calce al paragrafo 9.1 la seguente previsione:

“4. il conflitto di interessi è da ritenersi presunto e non altrimenti eliminabile laddove si configuri tra la stazione appaltante ed il concorrente un rapporto di controllo o collegamento ex articolo 2359 del codice civile, ivi comprese le ipotesi di collegamento indiretto, sussistenti, ad esempio, nel caso in cui una società intermedia detenga il diritto di voto per almeno un quinto dei voti nell'assemblea ordinaria, rispettivamente, della stazione appaltante e dell'impresa concorrente”.



All. 2

Smobilizzo crediti derivanti da Appalti.

Proposte di Emendamento Articolo 106, comma 13)

Oggetto	Articolo 106, comma 13 – Smobilizzo crediti derivanti da Appalti
Testo	<p><u>Proposta di modifica:</u> Si propone di sostituire l'articolo 106, comma 13, del Decreto legislativo 18 aprile 2016 n.50, con il seguente testo: <i>“13. Si applicano le disposizioni di cui alla legge 21 febbraio 1991, n. 52. Ai fini dell’opponibilità alle stazioni appaltanti, le cessioni di crediti possono essere stipulate mediante scrittura privata e devono essere notificate alle amministrazioni debitorie. La notifica è effettuata direttamente dal cessionario con comunicazione alla stazione appaltante, anche in forma elettronica o raccomandata con avviso di ricevimento o secondo le formalità previste dalle disposizioni di cui alla LEGGE 30 aprile 1999, n. 130. È fatto salvo il rispetto degli obblighi di tracciabilità. In ogni caso l’amministrazione cui è stata notificata la cessione può opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente in base al contratto relativo a lavori, servizi, forniture, progettazione, con questo stipulato.”</i></p> <p><u>Obiettivi della proposta:</u></p> <ul style="list-style-type: none">- favorire la liquidità delle imprese che vantano crediti nei confronti della PA- semplificazione degli adempimenti amministrativi per la cessione dei crediti

Oggetto	<i>Estensione anche alle cessioni di crediti non certificati delle facilitazioni previste per le cessioni dei crediti certificati dal Decreto 66/2014 in tema di revocatoria fallimentare</i>
Testo	<p><u>Proposta di modifica:</u> All'art.106 comma 13 si propone l'inserimento della seguente previsione: <i>“... 13. ... Alle predette cessioni di crediti non si applicano le disposizioni di cui agli articoli 69 e 70 del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440 nonché le disposizioni di cui all'articolo 7 della legge 21 febbraio 1991, n. 52, e all'articolo 67 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.”</i></p> <p><u>Criticità dell'attuale quadro normativo e obiettivi della proposta:</u> Si propone di estendere a tutte le cessioni di crediti PA l'esclusione dalla revocatoria in caso di fallimento del cedente prevista dal comma 7-bis dell'art. 37 del Decreto 66/2014 (deroga all'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 7 della legge 52/1991 e all'art. 67 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267). Tale previsione ha l'obiettivo di facilitare l'accesso al credito a tutte le imprese fornitrici della PA, senza dover attendere le condizioni previste per la certificazione del credito ossia che il credito sia già scaduto</p>



	e impagato.
Oggetto	Ripristino di una norma di carattere generale sulle cessioni dei crediti da appalto
Testo	<p><u>Proposta di modifica:</u> <i>Si propone il ripristino di una norma di carattere generale sulle cessioni dei crediti da appalto, estrapolando in un articolo ad hoc il comma 13 dell'art. 106 del nuovo Codice degli Appalti che disciplina la modifica di contratti durante il periodo di validità.</i></p> <p><u>Criticità dell'attuale quadro normativo e argomentazioni a supporto della proposta:</u> Vale la pena sottolineare che la cessione dei crediti ex L.52/91 non configura modifica contrattuale del contratto di fornitura da cui sorgono i crediti oggetto di cessione e che le cessioni possono riguardare crediti inerenti a contratti d'appalto già conclusi. Da ciò possono derivare possibili problemi interpretativi che non facilitano la chiarezza e la corretta applicazione delle norme.</p>