

## **AUDIZIONE**

### **Indagine conoscitiva sullo stato di attuazione e sulle ipotesi di modifica della nuova disciplina sui contratti pubblici**

#### **Considerazioni generali**

A seguito dell'entrata in vigore del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la disciplina relativa al settore dei contratti pubblici ha affrontato un profondo *iter* di innovazione, ancora in via di conclusione, nell'ottica del raggiungimento degli obiettivi di legalità, trasparenza, nonché di produttività di un mercato che rappresenta da sempre un vero e proprio volano per la politica economica del Paese.

Tale riforma legislativa, secondo la maggior parte degli addetti ai lavori, è stata definita “epocale”, non soltanto per le modifiche relative agli strumenti normativi da utilizzare, il c.d. sistema di “Soft Law”, con conseguenziale abbandono del duplice strumento normativo legge-regolamento, ma soprattutto per gli ambiziosi risultati da raggiungere, quali ad esempio la semplificazione delle procedure di gara, anche attraverso la digitalizzazione, la riduzione del numero delle stazioni appaltanti, il nuovo albo dei commissari di gara, l'individuazione del contraente mediante il criterio, quasi esclusivo, dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con ipotesi residuali del criterio del massimo ribasso, ancorato ai c.d. “metodi antiturbativa”.

#### **1. Ruolo di Invitalia nel nuovo Codice**

Tra le novità di maggiore interesse, deve annoverarsi quella relativa all'istituzione presso l'ANAC di un elenco delle stazioni appaltanti e centrali di committenza, qualificate sulla base dei criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione sanciti dall'art. 38 del Codice dei Contratti Pubblici e dalla relativa disciplina, ancora in corso di perfezionamento, che sarà adottata con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

La novità introdotta dalla norma è volta a raggiungere la tanto agognata razionalizzazione del numero delle stazioni appaltanti, anche mediante strumenti di aggregazione, con l'obiettivo di garantire non solo una migliore performance e maggiore professionalità delle committenti pubbliche, ma anche al fine di

assicurare la partecipazione e l'esecuzione dei contratti di appalto da parte di imprese altamente qualificate.

In tale nuovo contesto, l'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti ha riservato all'Agenzia una interessante novità, atteso che per espressa previsione normativa, nello specifico all'art. 38, comma 1 del Codice, Invitalia è stata iscritta di diritto nell'elenco delle stazioni appaltanti e centrali di committenza qualificate.

## **2. Esperienze pregresse e nuove procedure ex d.lgs. n. 50/2016**

Invitalia è stata una delle prime società a dotarsi di una piattaforma di e-procurement, mettendola poi a disposizione della Pubblica Amministrazione.

Ancora dal 2012, ossia precedentemente all'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti, ha svolto attività di "committenza ausiliaria" a supporto delle Committenti pubbliche (si ricorda, ad esempio il Grande Progetto Pompei, per il quale Invitalia ha svolto le procedure di gara in nome e per conto della Soprintendenza di Pompei) e ciò ha fatto ai sensi dell'articolo 55-bis, co. 2-bis, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, come integrato dall'art. 29-bis, comma 1, D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134.

Con la sua controllata Invitalia Attività Produttive S.p.A. ha altresì supportato, negli stessi anni, i Commissari Straordinari delegati per la mitigazione del rischio idrogeologico per le regioni Calabria, Puglia e Sicilia, nella indizione e gestione delle gare d'appalto.

La formale investitura operata dal nuovo Codice dei Contratti Pubblici assume pertanto per Invitalia, un'ulteriore e forse tappa decisiva verso la definitiva conferma di Centrale di Committenza/Stazione Appaltante qualificata, considerato altresì che, già da diversi anni, l'Agenzia opera come attuatore di interventi strategici per il Paese Italia e nello specifico per le Amministrazioni dello Stato.

In virtù di tale background precedentemente acquisito ed alla luce del nuovo ruolo da protagonista che è stata chiamata a svolgere dal nuovo Codice, Invitalia, operando come Centrale di Committenza per le Amministrazioni dello Stato (quali il MIBACT, Ministero dell'Interno, Strutture di Missione contro il dissesto idrogeologico, Commissario Straordinario per la ricostruzione post-sisma 2016), o come Soggetto Attuatore (per il cd. "Rilancio Bagnoli", le bonifiche del SIN di Trieste – Ferriara di Servola e del SIN di Piombino) è stata tra le prime amministrazioni aggiudicatrici a bandire gare di appalto di lavori, servizi, ivi compresi quelli di progettazione, e di forniture sotto la vigenza del novellato Codice.

Le esperienze maturate, Centrale di Committenza/Stazione Appaltante qualificata hanno consentito ad Invitalia di strutturare la propria organizzazione in modo da garantire, in linea con le disposizioni normative e gli atti di indirizzo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, una migliore programmazione e progettazione di tali interventi ed al contempo di specializzarsi nell'ambito della contrattualistica pubblica, sia nella qualità di Soggetto Attuatore sia di Centrale di Committenza.

Invero, capitalizzando tutte le esperienze suindicate, Invitalia ha creato un'apposita Divisione, in grado di coprire l'intero fabbisogno occorrente: dalla progettazione, o supporto alla progettazione, alla verifica progettuale, all'indizione e gestione della gara d'appalto, sino alla stipulazione ed eventuale stipulazione ed esecuzione dei contratti pubblici.

La peculiare veste giuridica di alcune stazioni appaltanti committenti, prima tra tutte il MIBACT, ha inoltre consentito all'Agenzia di bandire gare anche per ambiti molto settoriali come quello dei beni culturali, spaziando dai servizi di progettazione sino agli appalti di lavori.

L'operato dell'Agenzia si è, altresì, arricchita della esperienza derivante dalla *mission* della propria società controllata Infratel Italia S.p.A., Soggetto Attuatore dei Piani Banda Larga e Ultra Larga del Governo, volti all'abbattimento del *digital divide* nelle aree a fallimento di mercato, attraverso la realizzazione e l'integrazione di infrastrutture capaci di estendere le opportunità di accesso a internet veloce. A tal fine, Infratel Italia, sin dal 2013, ha indetto procedure ad evidenza pubbliche per un importo complessivo pari ad oltre 3,5 miliardi di Euro, di cui circa 2,8 miliardi di Euro solo nel 2016.

Non va infine dimenticato, sotto il profilo della legalità e trasparenza, che l'operato di Invitalia, sia come Centrale di Committenza che come Soggetto Attuatore, ha potuto e continua a beneficiare del presidio dato dai "Protocolli di legalità" stipulati con le competenti Prefetture per determinati interventi, e dai "Protocolli per la vigilanza collaborativa" sottoscritti con l'Autorità Nazionale Anticorruzione dalla stessa Invitalia o dagli Enti Aderenti alla Centrale di Committenza.

\*\*\*\*\*

Per quanto concerne le attività svolte da Invitalia come Centrale di Committenza, gli Enti Aderenti per i quali Invitalia ha svolto il maggior numero di procedure sono Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo e il Ministero dell'Interno. Come Soggetto Attuatore, Invitalia è impegnata per gli interventi afferenti il cd. Rilancio Bagnoli, le bonifiche dei SIN di Trieste e Piombino, il Contratto Istituzionale di Sviluppo per l'Area di Taranto.

Dal 2012, Invitalia:

- ha svolto attività di committenza ausiliaria complessivamente per 54 gare, per importi di lavori e di servizi, a base di gara, pari a oltre **121 milioni di Euro**;
- ha svolto attività di Centrale di Committenza/Soggetto Attuatore complessivamente per 52 gare, per lavori, da progettare o eseguire, e di servizi, di importo complessivo, a base di gara, pari a oltre **395 milioni di Euro**.

Dal 2013, la controllata di Invitalia, Infratel Italia S.p.A., ha svolto 47 procedure ad evidenza pubblica per un importo complessivo pari a oltre **3,5 miliardi di Euro**.

## **Osservazioni al Codice dei Contratti Pubblici**

Dall'entrata in vigore del nuovo Codice sono trascorsi oltre otto mesi e, fermo restando un primo momento di logica e preventivata flessione del mercato degli appalti pubblici causato anche dal mancato periodo transitorio, è oggi possibile tracciare un primo bilancio.

Il tessuto normativo del Codice dei Contratti Pubblici, costruito in larga parte sulla base dei principi di legalità, appare nel suo complesso ben congegnato, anche perché volto a migliorare le performance delle stazioni appaltanti ed a garantire alle imprese concorrenti alle gare di appalto una maggiore speditezza e trasparenza delle procedure, circostanze quest'ultime di palmare evidenza per l'Agenzia che ha potuto constatare direttamente tali effetti positivi.

Tra gli aspetti che hanno trovato i maggiori consensi da parte delle PA è possibile annoverare il metodo antiturbativa previsto dall'art. 97, comma 2 del Codice, allorquando il criterio di aggiudicazione è quello del massimo ribasso.

Invitalia conferma gli effetti positivi di tale metodo antiturbativa, in quanto, per esperienza diretta è stato possibile constatare l'impossibilità per le imprese concorrenti di poter concordare l'offerta da presentare.

Si ricorda, con riferimento ad una gara indetta in qualità di Centrale di Committenza per il MIBACT, su una rosa di 32 imprese concorrenti, a seguito dell'applicazione di una delle formule di cui all'art. 97, comma 2, lett. d) del Codice, sorteggiata durante la seduta pubblica prevista per l'apertura dell'offerta economica, sono rimaste in gara, per effetto dell'esclusione automatica delle imprese offerenti un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, soltanto tre imprese.

Tuttavia, il testo del Codice non risulta scevro da elementi di criticità per i quali tutti i soggetti interessati al mondo degli appalti pubblici auspicano una pronta soluzione.

Prima di addentrarsi nella disamina delle singole questioni, si evidenzia l'opportunità, in coerenza con le norme comunitarie, di maggiormente delineare, ricorrendo semmai a decreti attuativi, la disciplina relativa alle centrali di committenza per tutte quelle attività non strettamente riconducibili ai soggetti aggregatori, e pertanto con riferimento soprattutto al settore dei lavori pubblici. Quanto precede, in un'ottica di ingaggio delle centrali di committenza ai fini di un maggiore efficientamento delle procedure di affidamento con conseguente accelerazione e risparmio della spesa pubblica.

Nello specifico, considerata la delicatezza delle questioni, si ritiene opportuno trattare singolarmente le proposte di implementazione e/o modifica da apportare alla normativa di settore.

### **A. Subappalto**

Nella nuova versione del Codice, l'istituto del subappalto ha subito una drastica modifica ed in particolare:

1. Facoltà da parte della Stazione Appaltante di vietare già nella predisposizione degli atti di gara il ricorso al subappalto;
2. Quota massima subappaltabile pari al 30% dell'importo del contratto di appalto (limite valido per tutte le tipologie di appalto di lavori, servizi e forniture);
3. Obbligo di indicazione della terna di subappaltatori nell'ipotesi di cui all'art. 105, comma 6, del Codice (ossia qualora l'importo dell'appalto sia di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione).

Orbene, tali previsioni hanno arrecato difficoltà applicative di non poco conto non soltanto per gli operatori economici obbligati ad indicare la terna di subappaltatori, con ogni correlata conseguenza anche in termini di interpretazione della norma sulla necessità o meno di indicare più di una terna per ogni parte del contratto da subappaltare (circostanza quest'ultima effettivamente verificata in una delle gare svolte dalla Centrale di Committenza), ma ha anche appesantito l'operato delle committenti pubbliche, dovendo quest'ultime procedere all'analisi dei DGUE dei subappaltatori.

Inoltre, lo *status* di concorrente del subappaltatore ha sollevato dubbi, che appaiono in realtà superati dalla recente giurisprudenza, sull'applicabilità o meno del ricorso all'istituto del soccorso istruttorio e sulla sostituzione del subappaltatore in caso di carenza dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice.

Orbene, per tali motivi appare necessario, così come richiesto da altri Enti<sup>1</sup>, procedere ad una rivisitazione dell'istituto in esame, superando l'eccessiva rigidità del nuovo Codice, con la reintroduzione, nell'ambito dei soli appalti di lavori pubblici, del precedente limite del 30% della quota subappaltabile della categoria prevalente ed elidendo il riferimento all'importo complessivo dell'appalto, con facoltà di ricorrere al subappalto del 100% delle categorie scorporabili, fermo restando i divieti ed i limiti previsti per le categorie superspecialistiche.

## **B. Sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti**

Come già anticipato, tra le innovazioni introdotte dal nuovo Codice sicuramente spicca la regolamentazione delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti, con l'introduzione della loro qualificazione.

---

<sup>1</sup> Cfr. Nota dell'ANCE del 7 settembre 2016, durante l'audizione presso le Commissioni riunite Lavori Pubblici del Senato della Repubblica e Ambiente della Camera dei Deputati

Ed è proprio sulla qualificazione delle stazioni appaltanti/centrali di committenza, la cui disciplina è ancora in corso di definizione in quanto si resta in attesa del d.P.C.M. che dovrà individuare i requisiti tecnico-organizzativi per l'iscrizione all'elenco tenuto dall'ANAC, che si riscontra una prima criticità.

Difatti, prevedere quale elemento premiante per la valutazione delle stazioni appaltanti il “*livello di soccombenza nel contenzioso*” (cfr. art. 38, comma 4, lett. b, n. 4) appare un criterio quantomeno aleatorio, stante l'elevato livello di “litigiosità” nel mercato degli appalti ed il non univoco orientamento giurisprudenziale su alcuni temi delicati, che esporrebbe le committenti pubbliche a subire una valutazione negativa da parte dell'ANAC, in virtù di decisioni giudiziali potenzialmente rivedibili (un esempio su tutti l'ipotesi di subappalto necessario e/o facoltativo ovvero l'avvalimento di garanzia).

Per tali motivi, si propone una rivisitazione di tale criterio premiante, che si ritiene opportuno stralciare dall'elencazione prevista dall'art. 38 del Codice.

### **C. Commissioni di gara**

Il nuovo Codice dei contratti ribalta completamente la disciplina relativa alle commissioni di gara, passando da un concetto di commissione “interna” alla Stazione Appaltante a quella “esterna”, i cui commissari sono scelti fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC.

Tale novità pur essendo accolta favorevolmente da parte dell'Agenzia, tuttavia, necessita, a nostro avviso, di alcuni accorgimenti.

Difatti, in virtù dei molteplici accordi di collaborazione stipulati con varie amministrazioni ed alla luce del ruolo di Centrale di Committenza ricoperto, Invitalia si ritrova nella condizione di dover attivare, a volte contemporaneamente, numerose gare di appalto, con evidenti problematiche di reperire un numero così elevato di personale interno volto ad assumere il ruolo di commissari di gara.

Per tali motivi, si richiede di poter allargare le ipotesi di ricorso ai commissari iscritti all'albo ANAC, ogni qualvolta si operi come Centrale di Committenza.

Di contro, stante la proposta di innalzamento della soglia fino a 2,5 milioni per le gare da aggiudicare con il criterio del minor prezzo da parte di altri stakeholders<sup>2</sup>, proposta avallata dall'Agenzia, si richiede di allineare, nell'ottica di un favorevole accoglimento della modifica normativa proposta, anche la

---

<sup>2</sup> In ordine alla proposta di innalzamento, tuttavia, occorre segnalare il parere discordante delle maggiori sigle sindacali CGIL, CISL ed UIL (cfr. memoria del 10 gennaio 2017, depositata durante l'audizione presso la Commissione VIII Ambiente – Camera dei Deputati Commissione VIII Lavori Pubblici – Senato della Repubblica).

previsione relativa alle modalità di nomina della commissione, benché l'ANAC si muovi in senso diametralmente opposto<sup>3</sup>.

#### **D. Bandi-tipo**

Si ritiene necessario segnalare da ultimo l'opportunità da parte dell'ANAC di prendere in considerazione, al momento in cui saranno predisposti i bandi-tipo ai sensi dell'art. 71 del Codice dei Contratti Pubblici, il profilo “telematico” che stanno ormai assumendo le procedure ad evidenza pubblica.

---

<sup>3</sup> Sul punto “Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento – Proposta di modifica dell’art. 77 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50” (*cfr.* ANAC, delibera n. 1191 del 16 novembre 2016).