

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

**Audizione dell'Ance
7 settembre 2016**

*Commissioni riunite Lavori pubblici del Senato della Repubblica e Ambiente
della Camera dei Deputati*

CONSIDERAZIONI GENERALI

Il nuovo Codice dei Contratti, in vigore dal 20 aprile scorso ha introdotto una serie di importanti cambiamenti in un settore decisamente strategico per l'economia.

L'Ance ha condiviso gli obiettivi principali della riforma, volti non solo a rendere più efficiente, trasparente e qualificato il mercato dei lavori pubblici, ma soprattutto a combattere in modo deciso l'illegalità e la corruzione.

Naturalmente, ogni profondo cambiamento può esplicare i suoi effetti solo dopo il completamento del quadro regolatorio attuativo - al momento ancora *in fieri*, con i molteplici schemi di provvedimento ANAC e MIT in via di approvazione – e trascorso un periodo di assestamento che consenta l'assimilazione delle nuove regole.

Ciò premesso, è innegabile, e forse inevitabile, che alcune difficoltà di applicazione siano già emerse in questa fase di avvio del nuovo Codice.

Tale situazione, nonostante la tempestività dell'intervento dell'ANAC e del MIT, sta provocando un **forte rallentamento dell'attività da parte degli enti appaltanti**.

Secondo il monitoraggio del Centro studi dell'Ance, nei primi otto mesi del 2016, si evidenzia una dinamica negativa dei bandi di gara per lavori pubblici, dopo gli andamenti positivi del biennio 2014-2015. Nel periodo gennaio-agosto 2016, il numero di pubblicazioni si è ridotto dell'8,6% e l'importo posto in gara è diminuito del 14,8% rispetto allo stesso periodo del 2015.

In particolare, il calo maggiore si è registrato successivamente all'entrata in vigore del Codice, con un drastico calo delle pubblicazioni: nel mese di maggio 2016 la flessione ha raggiunto il -28% in numero e -75,2% in valore rispetto allo stesso mese del 2015.

Il rallentamento è proseguito anche nei mesi successivi, sebbene nei mesi di luglio e agosto, si sia assistito a una riduzione dell'intensità della caduta (rispettivamente, -9,6% e +3,8% nel numero e -18,8% e -15,7% nell'importo).

Va, però, sottolineata la perdurante difficoltà dei Comuni, la cui attività di pubblicazione dei bandi per lavori pubblici si è ridotta, nel periodo maggio-agosto 2016, dell'11% in numero e del 56,7% nell'importo rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente.

L'andamento negativo della domanda di opere pubbliche è confermato anche dai dati Anac.

Secondo l'Autorità, nel periodo compreso tra il 19 aprile e il 31 maggio 2016, si è registrata una riduzione del 58% del numero e del 74,2% dell'importo rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente. Tale flessione, si è solo lievemente attenuata nel periodo tra il 19 aprile e il 30 giugno, risultando pari al 62% in termini di importo e al 53% in termini di numero.

Queste difficoltà sono state evidenziate da molti osservatori e sono oggetto di grande attenzione anche da parte della Commissione europea. La Commissione, infatti, ha rilevato il permanere di difficoltà di applicazione, evidenziando la necessità di mettere le amministrazioni in condizione di

attuare pienamente il Codice e chiedendo al Governo di attuare misure concrete per assicurare la completa attuazione delle regole europee in Italia¹.

A fronte di questa situazione, nel ribadire la propria condivisione dell'impianto generale delle nuove regole e vista la portata della riforma, **l'Ance si è resa disponibile a fornire supporto alle istituzioni e alle stazioni appaltanti per cercare di superare l'attuale fase di stallo.**

Si tratta di una necessità ancora più evidente alla luce degli ultimi dati diffusi dall'Istat sull'andamento dell'economia nel secondo trimestre 2016 e dell'andamento, sempre più preoccupante, degli investimenti degli enti locali.

Il rischio concreto è che la fase di implementazione del nuovo Codice non consenta di raggiungere gli obiettivi auspicati in termini di rilancio degli investimenti nel 2016.

Il rallentamento dell'attività delle stazioni appaltanti potrebbe essere evitato a fronte di un più forte impegno delle pubbliche amministrazioni per adeguarsi rapidamente al nuovo sistema, tornando così a mettere al più presto in gara le opere, ove ciò sia già possibile.

Ad esempio, le procedure di gara fino ad 1 milione di euro sono state fortemente semplificate e rappresentano 84% dei bandi. Ci si chiede come mai non si facciano le gare.

Il problema sembra quindi più che altro gestionale e politico, risolvibile attraverso un impulso da parte degli organismi di vigilanza sul settore nonché a quelli di concertazione esistenti (come la Conferenza Stato-Regioni).

Tuttavia, questo impegno rischia di non essere sufficiente, da solo, a far ripartire in tempi brevi un comparto che, notoriamente, svolge un ruolo fondamentale per la ripresa e la tenuta stessa dell'economia e del Paese.

In particolare, alcuni passaggi del Codice andrebbero comunque migliorati, anche prima del varo del decreto correttivo, atteso entro fine anno.

La Cabina di Regia, appena istituita presso la Presidenza del Consiglio, potrà dare un impulso importante in tal senso.

¹ L'attenzione della Commissione europea deriva non solo dalla necessità di verificare il corretto recepimento delle direttive europee da parte dell'Italia, ma anche dalla necessità di assicurare il rispetto dei regolamenti comunitari sull'utilizzo dei fondi strutturali europei. Si ricorda infatti che l'*"esistenza di dispositivi che garantiscano l'applicazione efficace del diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici nel campo dei fondi SIE [ndr: i fondi strutturali europei]"* - vale a dire la piena e corretta applicazione del Codice - rappresenta una delle cosiddette *"condizionalità ex ante"* che l'Italia si è impegnata a rispettare entro il 31 dicembre 2016 nell'ambito dell'Accordo di partenariato per l'utilizzo dei fondi europei 2014-2020, sottoscritto quasi due anni fa (autunno 2014). A luglio 2016, l'Agenzia per la Coesione territoriale ha reso noto che la condizionalità ex ante relativa agli appalti risulta essere una delle due condizionalità ex ante di carattere generale ancora non soddisfatte dall'Italia (insieme a quella sugli aiuti di stato).

LE PROPOSTE DI MODIFICA NORMATIVA

➤ Qualificazione SOA: principali questioni

• Periodo di riferimento temporale per comprova requisiti SOA

Tenuto conto della grave crisi che ha colpito il settore negli ultimi anni, appare insufficiente calcolare solo gli ultimi cinque anni antecedenti la sottoscrizione del contratto con la SOA, ai fini del computo dei requisiti.

Proposta :

Occorre utilizzare l'ultimo decennio (e non il quinquennio, come oggi vigente) antecedente la sottoscrizione del contratto di qualificazione per dimostrare il possesso dei requisiti necessari all'ottenimento della qualificazione SOA.

Ciò, a maggior ragione se si considera che il nuovo codice, in materia di beni culturali, consente di utilizzare, ai fini della qualificazione, i lavori eseguiti senza alcun limite di tempo (art. 146, comma 2).

• Criteri reputazionali delle imprese

L'ANCE, da tempo, propone indici qualitativi e reputazionali capaci di valorizzare le imprese sane e strutturate, senza indulgere in penalizzazioni illogiche, derivanti da meri dati quantitativi (fatturato).

La bozza di linea guida ANAC sul rating di impresa, di cui si condivide l'obiettivo, dovrebbe, tuttavia, prevedere indici ulteriori, capaci di verificare concretamente l'affidabilità e la professionalità dell'operatore. Ad esempio, l'eventuale irregolarità contributiva degli ultimi tre anni non può essere l'unico indice dell'affidabilità e professionalità dell'impresa, ma si deve tenere in conto anche la sua storicità, la struttura aziendale e gli investimenti fatti.

Inoltre, deve essere consentito l'ottenimento del rating di legalità, valevole ai fini del rating di impresa, anche alle imprese con un fatturato inferiore ai 2 milioni di euro.

Proposta :

A fronte della forte e perdurante crisi di mercato, che ha provocato negli ultimi anni un dimezzamento delle commesse pubbliche, appare decisiva la scelta di un sistema di Rating fortemente premiale, capace di tutelare le moltissime piccole e medie imprese che hanno mantenuto al loro interno una struttura organizzativa affidabile di elevata professionalità.

• Direttore tecnico

La previgente normativa (art. 357 del DPR 207/2010) prevedeva una deroga per i direttori tecnici che non possedevano un titolo di studio idoneo; tale deroga non è stata confermata dal nuovo Codice.

Proposta:

Considerata la delicatezza del ruolo e la consolidata esperienza di coloro che erano fatti salvi dalla predetta deroga, sarebbe opportuno reinserire medio tempore il disposto dell'art. 357 del Regolamento sul punto. In caso contrario, verrebbero penalizzate un numero (peraltro) ridotto di imprese «storiche», da molti anni sul mercato, e, comunque, in possesso di iscrizioni con classifiche di importo limitato.

➤ **Qualificazione per importi sopra i 20 milioni di euro**

Il nuovo Codice ha previsto, quale periodo di riferimento temporale per la comprova della cifra di affari in gara, pari a 2 volte l'importo a base d'asta, il triennio antecedente la data di pubblicazione del bando.

Proposta :

Considerato il periodo di crisi, occorre recuperare la possibilità di utilizzare, ai fini della dimostrazione del requisito della cifra di affari, i migliori 5 anni degli ultimi 10 antecedenti la data di pubblicazione del bando

➤ **Criteri di aggiudicazione**

Le nuove norme consentono alle amministrazioni di utilizzare, peraltro in via facoltativa, l'esclusione automatica delle offerte anomale con metodo antiturbativa – di cui all'art. 97 del Codice - solo per lavori fino ad 1 milione di euro.

Proposta:

Occorre estendere la possibilità di utilizzare tale meccanismo semplificatorio, sempre accompagnato dal metodo antiturbativa, fino all'importo di 2,5 milioni di euro, in attesa che vengano adottate le linee-guida sulla qualificazione delle stazioni appaltanti e che entri a regime il meccanismo del sorteggio esterno dei commissari di gara.

➤ **Subappalto**

Nella nuova visione del Codice, sono stati introdotti limiti eccessivamente stringenti al subappalto, consentito, peraltro, solo se previsto dalle S.A. nel bando.

Proposte :

Appare indispensabile prevedere il diritto di subappaltare i lavori nel limite del 30% riferito, però, alla categoria prevalente, e non all'importo complessivo dell'appalto. Inoltre, occorre consentire il subappalto del 100% delle categorie scorporabili (al netto del divieto esistente delle superspecialistiche Sios). Ciò appare in linea con le ultime pronunce della Corte UE sulla tematica.

Bisogna superare la norma che prevede l'obbligo di nominare in gara la terna di subappaltatori.

E' necessario eliminare il divieto di ribasso sui costi della manodopera del subappaltatore, o, in subordine, riferirlo al rispetto dei livelli minimi salariali.
Si deve infine reintrodurre possibilità di utilizzo quota-parte dei lavori subappaltati per qualificazione dell'appaltatore (cd premio di coordinamento).

➤ Appalti integrati e affidamenti a contraente generale

Il nuovo Codice ha introdotto un generale divieto di appalto su progetto definitivo, salvo alcuni specifici casi. Ciò posto, in assenza di un periodo transitorio per l'entrata in vigore di tale divieto, si sta verificando un rallentamento degli appalti, per mancanza di progetti esecutivi "pronti". Peraltro, al fine di ovviare a tale limitazione, si assiste ad una diffusione di bandi per affidamenti a Contraente Generale anche per opere di piccoli importi.

Proposta:

Occorre introdurre la possibilità, per le stazioni appaltanti, di utilizzare l'appalto integrato "su definitivo" per opere i cui progetti risultino già varati alla data di entrata in vigore del Codice. E' necessario inoltre precisare l'ambito di operatività del General Contractor, da riferire sempre ad opere di importo rilevante.

➤ Concessioni e Partenariato Pubblico Privato

• Tetto del 30% al contributo pubblico

Il Nuovo Codice agli articoli 165, comma 2 per le concessioni e 180, comma 6 per il partenariato pubblico privato, prevede la riduzione dell'importo massimo dei contributi pubblici, comprensivi delle garanzie pubbliche, ammessi che dal 50%, previsto da Eurostat nella disciplina previgente, passa al 30% del costo dell'investimento. Oltre tale limite non è ammesso il ricorso al project financing.

Proposta:

L'Ance ritiene che, per specifiche tipologie infrastrutturali, tale limite possa costituire un ostacolo all'utilizzo del partenariato pubblico privato. E' pertanto auspicabile un ripensamento da parte del legislatore.

• Closing finanziario entro 12 mesi

Il Codice, agli articoli 165, comma 3 per le concessioni e 180, comma 7, per il partenariato pubblico privato, interviene sulla bancabilità delle operazioni prevedendo la risoluzione del contratto nel caso in cui il finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione stessa. La norma, sebbene apprezzabile nell'obiettivo di favorire la finanziabilità dell'opera, appare eccessivamente rigida e rischia di bloccare l'utilizzo del partenariato pubblico privato, soprattutto in considerazione delle difficoltà riscontrate per la bancabilità delle operazioni.

Proposta:

L'Ance ritiene necessario un ripensamento da parte del legislatore e il ripristino della normativa previgente in tema di bancabilità che, tra l'altro, fissava in ventiquattro mesi dall'approvazione del progetto definitivo il termine per l'ottenimento del *closing*.

➤ **Opere di urbanizzazione a scomputo**

Premessa: nuova disciplina e nuove problematiche

Nell'ambito del nuovo Codice dei contratti pubblici è inserita la disciplina per la realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione. Rispetto alla precedente normativa contenuta nel D.lgs. 163/2006, la nuova disciplina - contenuta negli artt. 1, comma 2, lett. e) e comma 3 e 36, commi 3 e 4 del D.lgs. 50/2016 - presenta alcune rilevanti novità, non immuni da risvolti critici.

In particolare, l'art. 1, comma 2, lett. e) del Codice riproduce in larga parte i contenuti dell'art. 32, comma 1, lett. g) del D.lgs. 163/2006 in relazione alla realizzazione delle **opere a scomputo di importo pari o superiore alla soglia comunitaria** (attualmente pari a 5.225.000 milioni/€), alle quali continuano a trovare applicazione le procedure ordinarie di gara.

L'art. 36 del Codice contiene le norme sulla realizzazione delle **opere a scomputo di importo inferiore alla soglia comunitaria** e cioè:

- si applica la **procedura ordinaria con pubblicazione di avviso o bando di gara** (comma 3) **anziché la procedura negoziata senza bando, con invito di cinque operatori** (come avveniva ai sensi dell'art. 122, comma 8 del D.lgs. 163/2006);
- per le opere di urbanizzazione primaria (di importo inferiore alla soglia comunitaria) funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio è confermata l'applicazione dell'art. 16, comma 2-bis del Dpr 380/2001 "Testo Unico Edilizia" e cioè l'esecuzione diretta da parte del titolare del permesso di costruire (comma 4).

E' necessario evidenziare che, se per tutte le opere a scomputo sotto soglia il D.lgs. 50/2016 richiede ora l'espletamento di una procedura ordinaria di gara, per le opere pubbliche, d'importo pari o inferiore ad 1 milione di euro, permette lo svolgimento della procedura negoziata senza bando (art. 36, comma 2) delineando una evidente disparità di trattamento per le opere pubbliche di importo pari o inferiore a 1 milione di euro e quelle previste per le opere di urbanizzazione a scomputo di importo inferiore a 1 milione di euro. Tale differenziazione non appare comprensibile, considerato che in entrambi i casi si è in presenza di interventi qualificabili come opere pubbliche o di interesse pubblico.

Proposta:

Per le opere di urbanizzazione a scomputo sotto soglia (art. 36, comma 3 nuovo codice) che, in via immediata e interpretativa

- venga chiarito che per "procedura ordinaria con pubblicazione di avviso o bando di gara" si intende il regime delineato dall'art. 36, comma 2 per l'esecuzione delle opere pubbliche sotto soglia che prevede l'affidamento diretto (fino a 40.000 €) ovvero la procedura negoziata con invito di 5 operatori economici (fino a 150.000 €) o con invito di 10 operatori economici (fino ad 1 milione/€);
- venga ripristinato quanto prima il sistema previsto in precedenza (art. 122, comma 8 del D.lgs. 163/2006) che aveva avuto un buon esito e cioè la procedura negoziata senza bando, con invito di cinque operatori.

Ulteriori rilievi si hanno sui seguenti temi:

- **l'art. 38** contenente la **nuova disciplina della qualificazione delle stazioni appaltanti**.

L'art. 3 include nella definizione di "stazione appaltante" anche "gli altri soggetti aggiudicatori, di cui alla lettera g)", vale a dire "i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del presente codice", assoggettando così all'obbligo di qualificazione delle stazioni appaltanti anche i soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione di opere di urbanizzazione a scomputo ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. e).

Proposta:

Poiché il nuovo sistema di qualificazione risulta difficilmente applicabile ai privati che realizzano opere a scomputo, anche perché l'attività di stazione appaltante per un soggetto privato non ha un carattere continuativo nel tempo, ma è legata al raggiungimento di un obiettivo preciso e determinato che è la realizzazione della parte pubblica dell'intervento di trasformazione del territorio, occorre chiarire che la disposizione non si applica alle opere di urbanizzazione a scomputo.

- **l'art. 59**, rubricato "Scelta delle procedure", stabilisce, tra l'altro, il **divieto di "appalto integrato" ossia l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e della esecuzione dei lavori**.

L'art. 59, comma 1, al terzo e quarto periodo, prevede che "gli appalti relativi ai lavori sono affidati, ponendo a base di gara il progetto esecutivo, come definito dall'articolo 23, comma 8" e che "è vietato l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori, *ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità*". Tale disposizione non risulta coordinata con la disciplina delle opere di urbanizzazione a scomputo che di fatto è una procedura che costituisce una sorta di appalto integrato, in quanto oggetto del contratto sono, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori.

Proposta:

L'art. 59 dovrebbe escludere espressamente dal divieto di affidamento congiunto (progettazione esecutiva-esecuzione) le opere di urbanizzazione a scomputo.

Il carattere di norma "speciale", propria dell'art. 1, comma 2, lett. e), dovrebbe consentire di superare il mancato richiamo della disciplina sulle opere a scomputo fra le eccezioni al divieto di affidamento congiunto.

- **Opere di urbanizzazione e convenzioni urbanistiche ante 19 aprile 2016**

Si riscontrano problemi con riferimento al *regime realizzativo da applicare alle opere di urbanizzazione a scomputo oggetto di convenzioni urbanistiche stipulate antecedentemente alla data di entrata in vigore del D.lgs. 50/2016 (20 aprile scorso)*.

Non è stata prevista una specifica disposizione transitoria per disciplinare i rapporti giuridici pendenti, cioè oggetto di convenzioni urbanistiche *stipulate con il Comune prima*

dell'entrata in vigore del D.lgs. 50/2016, ma non ancora esauriti non essendo ancora state realizzate le urbanizzazioni in tutto o in parte.

La questione risulta particolarmente delicata, considerate le numerose innovazioni apportate dalla nuova normativa delle quali né il privato né il Comune potevano avere conoscenza al momento della sottoscrizione dell'atto convenzionale.

L'Ance già da tempo ha chiesto chiarimenti all'ANAC che stanno tardando a pervenire con la conseguenza di un quasi totale fermo dei lavori.

Proposta:

È necessario chiarire che *ai rapporti sorti prima dell'entrata in vigore* si applica la disciplina vigente al momento della stipula della convenzione urbanistica (che accede al piano urbanistico) attuativo, poiché in relazione a questi procedimenti il momento determinante ai fini dell'applicazione della disciplina è quello dell'assunzione degli obblighi relativi all'esecuzione delle opere stesse da parte dei privati interessati, momento che coincide con la sottoscrizione della convenzione urbanistica.

Tale interpretazione è in linea con quanto:

- **previsto a suo tempo in via transitoria dall'art. 253 comma 8 del D.lgs. 163/2006** in base al quale le nuove norme non si applicavano alle opere di urbanizzazione "da realizzarsi da parte di soggetti privati che, alla data di entrata in vigore del codice, abbiano già assunto nei confronti del comune l'obbligo di eseguire i lavori medesimi a scomputo degli oneri di urbanizzazione";
- **sancito nel Comunicato del Presidente ANAC dell'11 maggio scorso**, contenente "Indicazioni operative sull'entrata in vigore del nuovo codice", in cui si precisa che, tra gli affidamenti che rimangono assoggettati alla disciplina del previgente D.lgs. n. 163/2006, rientrano anche "le adesioni a convenzioni stipulate prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice".

➤ **Opera pubblica realizzata a spese del privato - Art. 20 del D.lgs. 50/2016**

L'art. 20 del Codice disciplina una fattispecie non regolata in precedenza dal D.lgs. 163/2006 e cioè *la realizzazione di opere pubbliche a "totale cura e spesa" di soggetti privati*. In base a questa norma il Codice e le sue regole non trovano applicazione nel caso in cui un'amministrazione pubblica stipuli una convenzione con la quale un soggetto pubblico o privato si impegni alla realizzazione, a sua totale cura e spesa e previo ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni, di un'opera pubblica o di un suo lotto funzionale o di una parte dell'opera prevista nell'ambito di strumenti o programmi urbanistici.

La disposizione - che subordina comunque l'esclusione dal regime pubblicistico ad una serie di condizioni - intende regolare evidentemente il regime realizzativo di quelle opere (spesso indicate con il termine di opere "extrastandard") previste dalle convenzioni urbanistiche e poste a carico del privato, la cui realizzazione però non è imposta dalla normativa statale o regionale, ma è il frutto di un accordo negoziale con l'ente locale, comportando di fatto un onere superiore a quello che deriverebbe dall'applicazione delle tabelle parametriche regionali e comunali.

Si tratta di fattispecie fino ad ora prive di copertura legislativa, ma di sempre più frequente diffusione nell'attuazione dei processi di trasformazione urbana.

L'ANAC con una delibera del 13 luglio scorso, n. 763, adottata in risposta ad un quesito della Regione Lombardia, ha fortemente ristretto l'operatività di questa norma, privandola di fatto di qualsiasi efficacia. L'ANAC ha infatti escluso l'applicazione dell'art. 20 tutte le volte che si configuri in favore del privato il riconoscimento da parte dell'amministrazione di una utilità con conseguente carattere oneroso della convenzione.

Proposta:

È necessario che l'art. 20 venga modificato/interpretato secondo una logica in grado di garantirne l'operatività ed in linea con lo spirito della norma, ossia la realizzazione di opere pubbliche "a totale cura e spesa" di soggetti privati pena la sua totale disapplicazione.

Roma, 7 settembre 2016