



CONFCOMMERCIO
IMPRESE PER L'ITALIA

8^a Commissione Senato - Lavori pubblici, comunicazioni

AUDIZIONE

“AS 1678 - Delega recepimento direttive appalti e concessioni”

**OSSERVAZIONI
CONFCOMMERCIO - IMPRESE PER L'ITALIA**

Roma, 23 febbraio 2015

PREMESSA

Confcommercio, desidera innanzitutto manifestare il proprio apprezzamento e ringraziare codesta Commissione parlamentare per essere stata chiamata in Audizione al fine di rappresentare il punto di vista delle imprese associate - che, come noto, operano principalmente nei settori dei servizi e delle forniture - in vista del recepimento delle tre Direttive riconducibili al c.d. “Pacchetto appalti”, rispetto alle quali esprime un giudizio tendenzialmente positivo, in quanto sostanzialmente imperniate su alcune delle linee d'intervento auspiccate, tra cui, in particolare, il perseguimento del miglior rapporto qualità-prezzo attraverso la valorizzazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle procedure d'aggiudicazione e, soprattutto, la previsione di misure volte a garantire un maggiore accesso delle PMI agli appalti pubblici.

Considerati inoltre i precedenti e l'attivismo in materia da parte del legislatore italiano, che ha recepito le direttive del 2004 attraverso un codice di oltre trecento articoli ed un altrettanto corposo e complesso *corpus* di disposizioni contenute nel regolamento d'attuazione che, a loro volta, hanno subito innumerevoli modifiche e correzioni, appare di tutta evidenza, de iure condendo, l'importanza di un corretto processo di recepimento che tenga adeguatamente in considerazione l'esperienza maturata dai diversi soggetti a vario titolo coinvolti (stazioni appaltanti, centrali d'acquisto, imprese concorrenti, etc.) al fine di superare, nell'ambito del nuovo quadro normativo europeo, le principali problematiche sin qui emerse.

In particolare, è auspicabile che l'intera disciplina relativa agli appalti ed alle concessioni di servizi e forniture non abbia questa volta a soffrire di carenza di disposizioni di dettaglio o di disposizioni poco adeguate ai settori specifici dei servizi e forniture in quanto ricalcate pedissequamente sulle norme concernenti gli appalti e le concessioni di lavori pubblici. Come dimostrato dai dati in passato diffusi dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (le cui competenze fanno oggi capo all'Autorità nazionale anticorruzione), gli affidamenti di servizi superano ormai per numero e per valore quelli di opere, per cui un tale sottodimensionamento e/o trend imitativo delle norme riguardanti il settore dei servizi non risulta in alcun modo giustificabile.

Tanto premesso, al fine di realizzare il miglior temperamento tra l'interesse generale, che si sostanzia nel necessario contenimento della spesa pubblica, in particolare attraverso la riduzione dei costi che la P.A. è chiamata a sostenere per l'acquisto di beni e servizi, e l'interesse particolare delle imprese che offrono tali beni e servizi, nel rispetto delle regole del mercato e della concorrenza tra i diversi operatori, si ritiene di fondamentale importanza l'obiettivo di garantire pari opportunità di accesso anche alle PMI.

Tra le principali barriere all'accesso al mercato dei contratti pubblici da parte di queste ultime, si possono infatti annoverare fattori quali il valore dell'appalto, in quanto le possibilità di partecipazione, considerati anche i maggiori requisiti di capacità economico-finanziaria richiesti, ed aggiudicazione da parte delle PMI diminuiscono con l'aumentare del valore del contratto, ovvero i processi di centralizzazione degli acquisti, a fronte dei quali si registra una minor partecipazione delle PMI che operano a livello territoriale a tutto vantaggio dei soggetti che operano su scala nazionale, cui non di rado si associano carenze organizzative che possono determinare conseguenze dirette a

carico delle PMI quali, ad esempio, la mancata suddivisione in lotti che, a sua volta, può risultare più agevole nel caso di appalti di lavori rispetto a quelli di forniture e servizi

In tal senso, ancora, assumono rilievo la minor informazione e conoscenza delle procedure da parte delle stesse PMI, che sono meno strutturate rispetto alle grandi imprese (spesso non sono dotate di un ufficio gara *ad hoc*), nonché il frequente ricorso, sia pure di fatto, ad un criterio di selezione dell'offerta che valorizza principalmente, se non esclusivamente, il contenimento dei costi per le PP.AA., con la conseguente aggiudicazione delle gare da parte di soggetti che operano a condizioni fuori dal mercato (come si avrà modo di vedere sopportandone i costi al solo scopo di tagliare fuori i *player* minori che, evidentemente, hanno meno probabilità di successo).

Tali affermazioni trovano altresì riscontro nel Documento di lavoro dei servizi della Commissione - SEC(2008) 2193 - del 25 giugno 2008 recante un "*Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici*" (cfr. All. 1), nell'ambito del quale venivano individuate alcune soluzioni disponibili e raggruppate nelle seguenti categorie:

- Superare difficoltà connesse all'entità degli appalti;
- Garantire l'accesso alle informazioni pertinenti;
- Migliorare la qualità e la comprensione delle informazioni fornite;
- Fissare livelli di capacità e requisiti finanziari proporzionati;
- Alleggerire gli oneri amministrativi;
- Prestare attenzione al rapporto qualità/prezzo piuttosto che al solo prezzo;
- Fornire tempo sufficiente per redigere le offerte.

ACCESSO ALLE PMI

Come già anticipato, uno degli aspetti più interessanti della nuova disciplina europea in materia di appalti pubblici, che agli effetti pratici somma una notevole ed innovativa portata concettuale, è rappresentato dall'insieme di disposizioni che non si limitano a perseguire la più ampia condizione partecipativa ma introducono nel sistema l'esplicita esigenza di favorire la partecipazione alle gare delle PMI, individuando specifiche misure per realizzare tale obiettivo che, ormai da tempo, è stato riconosciuto come proprio dell'Unione europea.

La maggiore partecipazione possibile alle gare pubbliche da parte delle piccole e medie imprese costituiva infatti uno dei cardini su cui era imperniato lo *Small Business Act* della Commissione europea, contenente le linee guida per migliorare l'approccio politico globale allo spirito imprenditoriale e per valorizzare le piccole e medie imprese attraverso il principio del c.d. "*Think small first*" (Pensare innanzitutto in piccolo).

A tal proposito, occorre tuttavia constatare con un certo rammarico come le misure in tal senso - ed in particolare quelle relative alla suddivisione degli appalti in lotti - siano uscite parzialmente ridimensionate rispetto alle proposte originarie, al termine dell'iter d'approvazione dei provvedimenti in oggetto.

Alla medesima *ratio* rispondono i più recenti interventi del legislatore italiano che, anticipando quello europeo, ha dato parziale attuazione alle linee d'intervento tracciate dallo SBA in materia di appalti attraverso l'art. 13, comma 2, lett. a) e b) della L. 180/2011 (Statuto delle imprese) che ha introdotto una specifica legislazione di principio

al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese agli appalti pubblici, nel rispetto della normativa dell'Unione europea, in particolare attraverso le seguenti azioni:

- a) Suddividere gli appalti in lotti o lavorazioni (nel rispetto, però, di quanto previsto dall'articolo 29 del Codice, in tema di divieto di frazionamento e coniugando, nei casi specifici, l'obiettivo di favorire la partecipazione delle PMI con l'esistenza di eventuali economie di scala e/o di gestione, naturalmente in tal caso con obbligo di formale motivazione), nonché evidenziare le possibilità di subappalto, garantendo la corresponsione diretta dei pagamenti nei vari stati di avanzamento.
- b) Semplificare l'accesso agli appalti delle aggregazioni fra micro, piccole e medie imprese, privilegiando associazioni temporanee di imprese, forme consortili e reti di impresa, nell'ambito della disciplina che regola la materia dei contratti pubblici.

Tale previsione, come noto, ha successivamente dato luogo ad una serie di modifiche - salutate con favore da Confcommercio - al D.Lgs. n. 163/2006 (Codice degli contratti pubblici) tra cui, da ultimo, la L. 7 agosto 2012 n. 135 di conversione del D.L. n. 95/2012, che ha inserito all'art. 2, comma 1-bis (che già aveva introdotto, quale principio generale, la suddivisione in lotti funzionali degli appalti pubblici al fine di incentivare la partecipazione di piccole e medie imprese alla gara), la disposizione secondo cui *“I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese”*. Inoltre, all'art. 41, comma 2, del medesimo Codice degli appalti è stato aggiunto l'inciso che prevede che: *“Sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale”*.

Le richiamate modifiche, tuttavia, si scontrano, come già anticipato, con il necessario e pur condivisibile processo di centralizzazione degli acquisti, finalizzato ad una maggiore efficacia ed efficienza dell'azione della P.A. attraverso un miglior governo delle procedure e, soprattutto, attraverso una necessaria razionalizzazione della spesa pubblica che, però, non può tradursi nella predisposizione di gare di dimensioni sempre maggiori, che di fatto restringono l'accesso al mercato ad un numero limitato di partecipanti, con effetti gravemente distorsivi della concorrenza, specie nel lungo periodo, in cui sono in grado di sopravvivere solo i *player* più strutturati e di maggiori dimensioni.

Una conferma in tal senso è fornita dalla recente istruttoria avviata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (I-785 dell'8 ottobre 2014) relativamente alla gara indetta dalla CONSIP per l'affidamento dei servizi di pulizia ed altri servizi tesi al mantenimento del decoro e della funzionalità degli immobili, per gli Istituti Scolastici di ogni ordine e grado e per i centri di formazione della Pubblica Amministrazione (cfr. All. 2).

Tale gara, è stata infatti suddivisa in 13 lotti definiti con un criterio geografico il cui valore approssimativo si attestava mediamente intorno ai 100 milioni di euro, raggiungendo per alcuni lotti un importo pari a quasi 200 milioni di euro.

Appare abbastanza evidente come gare relative lotti di tale valore siano fuori dalla portata delle PMI e che la platea dei potenziali concorrenti sia talmente ristretta che la stessa AGCM ha riscontrato il pericolo di fenomeni distorsivi della concorrenza, individuando quale segnale in tal senso, supportato dagli elementi emersi dall'analisi dello svolgimento delle procedure, la circostanza che due soggetti specifici siano risultati vincitori in ben 8 dei 10 lotti aggiudicati.

Ne consegue, la necessità di porre la massima attenzione rispetto alle disposizioni che disciplinano la centralizzazione degli acquisti e le centrali di acquisto (art. 35, paragrafo 1, Direttiva appalti e art. 49, paragrafo 1, Direttiva utilities), anche in relazione al pericolo che un loro uso esteso possa determinare una situazione di sostanziale monopsonio di comportamento della committenza pubblica (anche tenendo conto delle disposizioni contenute nel primo e secondo comma, secondo le quali “*gli Stati membri possono prevedere che determinati appalti siano realizzati mediante ricorso alla centrali di committenza o a una o più centrali di committenza specifiche*”).

A tal proposito, occorre inoltre evidenziare come a fronte della volontà del legislatore italiano di evitare che l'eccessivo frazionamento possa attestare l'importo delle gare al di sotto delle soglie per l'applicazione della normativa europea, nella prassi tale timore si è rivelato di fatto privo di riscontri in quanto si è potuto registrare, al contrario, la tendenza delle stazioni appaltanti a concentrare ed ampliare la portata del valore dei lotti, ovvero a richiedere ai concorrenti requisiti di capacità tecnico finanziaria eccessivamente elevati (anche per aggregazioni di imprese), con l'effetto indiretto di ridurre la partecipazione.

REQUISITI ECONOMICO-FINANZIARI

Il processo di centralizzazione degli acquisti deve infatti essere adeguatamente temperato con la necessità di garantire, ove è possibile, una effettiva ed efficace partecipazione anche dei soggetti di minor dimensione e capacità economico-finanziaria.

Già nel 2008, secondo le indicazioni riportate nel richiamato Codice europeo di buone pratiche, infatti, si era affermato in ambito europeo il principio secondo cui i requisiti di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnica e professionale richiesti nei bandi di gara dovessero risultare ragionevoli e proporzionati rispetto alla tipologia, all'oggetto della prestazione ed alla rilevanza economica complessiva del contratto pubblico, nel rispetto della tutela della concorrenza e della massima partecipazione.

Tali indicazioni sono opportunamente recepite dalle nuove direttive che, al fine di regolare la discrezionalità delle stazioni appaltanti nel richiedere appositi requisiti di capacità economico-finanziaria, hanno altresì recepito l'indicazione secondo cui il fatturato minimo annuo richiesto all'impresa non debba superare il doppio del valore stimato dell'appalto (in questo caso superando anche il valore individuato dal Codice di buone pratiche che era pari al triplo del fatturato), salvo in circostanze eccezionali debitamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi o forniture, che l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a precisare nei documenti di gara.

Il contesto delle direttive europee sugli appalti pubblici conferma inoltre esplicitamente la giurisprudenza della Corte di giustizia europea in base alla quale i criteri relativi alle capacità finanziarie ed economiche ed alle competenze tecniche devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto. In tal senso requisiti eccessivamente stringenti relativi alla capacità tecnica, economica e finanziaria spesso costituiscono un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici.

In particolare, anche la richiesta di garanzie finanziarie sproporzionate da parte delle autorità aggiudicatrici (ad es. garanzie bancarie o fidejussioni per la copertura dei rischi connessi alla procedura di aggiudicazione ed all'esecuzione di un contratto, compresi quelli che vanno oltre il controllo dell'impresa) costituisce un ostacolo alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici. Al contrario, bisognerebbe evitare di trattenere in modo ingiustificato e prolungato le risorse (ad es. garanzia di partecipazione) degli operatori economici, così come andrebbe incoraggiata una riduzione delle garanzie finanziarie sulla base alle prestazioni dedotte nel contratto. Sempre in tal senso, gli enti aggiudicatori potrebbero richiedere le garanzie finanziarie non in modo automatico, ma sulla base di considerazioni legate alla valutazione dei rischi.

In sostanza, la fissazione di criteri di selezione proporzionati appare di importanza vitale per le PMI, poiché le stazioni appaltanti che fissano livelli di capacità e di competenza eccessivamente elevati possono escludere, nei fatti, un'alta percentuale di PMI dalla partecipazione alle gare d'appalto.

Facendo leva sull'ambiguità delle disposizioni attualmente vigenti, infatti, le stazioni appaltanti continuano a richiedere alle imprese, anche nei casi di appalti sotto soglia, una serie di adempimenti (tra cui la produzione della documentazione attestante il possesso dei requisiti economico-finanziari) che comportano oneri gravosi sia di carattere economico che burocratico a carico delle PMI.

Alla luce di tali circostanze, considerata altresì la ridotta entità degli importi dei contratti pubblici sotto soglia comunitaria, si potrebbe agevolare l'accesso delle imprese di minori dimensioni mediante esenzione dall'obbligo di fornire le varie garanzie finanziarie a corredo dell'offerta, previste per i contratti al di sopra della soglia comunitaria (cauzione o fidejussione bancaria o assicurativa) in quanto possono tradursi in vincoli ingiustificati e sproporzionati in relazione alla dimensione ed all'attività svolta delle imprese interessate.

MISURE SPECIFICHE IN FAVORE DELLE PMI

Un ulteriore esempio di barriere all'accesso agli appalti pubblici da parte delle PMI è riscontrabile nell'ambito delle gare per appalti multiservizi (quanto meno formalmente), laddove le attività destinate ad assorbire gran parte - se non la totalità - degli importi a base di gara, sono accompagnate da altre tipologie di servizi in cui la richiesta di requisiti specifici è chiaramente strumentale ad una limitazione di fatto dell'accesso alla gara di gran parte delle imprese interessate (al riguardo, cfr. richiamato All. 2). Una possibile soluzione, in questi casi, potrebbe essere rappresentata dall'attribuzione di una particolare rilevanza anche ad elementi specifici quali l'omogeneità delle prestazioni in gara.

Sarebbe inoltre auspicabile che i criteri previsti dai bandi - ispirati a esigenze sociali, di riequilibrio dell'economia e dell'occupazione a livello locale, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile - cui può essere subordinato il "principio di economicità" dell'appalto, possano prevedere modalità premiali di partecipazione per le imprese localizzate nel territorio della stazione appaltante in grado di effettuare l'esecuzione del contratto con manodopera e maestranze organizzate al proprio interno in modo da comportare una maggior garanzia

del rispetto del D.Lgs. 81/2008 sulla tutela della salute e sicurezza ed una qualità del lavoro più elevata grazie ad una migliore e più efficiente organizzazione.

Simili misure, potrebbero inoltre contrastare il fenomeno della segmentazione del tessuto imprenditoriale (subappalti e avalimento) e della virtualizzazione delle imprese. Non sono pochi, infatti, i casi in cui i vincitori di gare d'appalto (principalmente imprese di grandi dimensioni e, soprattutto, in relazione a bandi suddivisi in lotti eccessivamente grandi perché vi possano accedere le PMI), pur possedendo i requisiti economico finanziari previsti dalla vigente normativa nei fatti, poi, non dispongono di una organizzazione adeguata all'esecuzione del contratto aggiudicato, ed in particolare del personale (specializzato e non, come ad es. nel caso delle imprese di pulizia relativamente ai bandi c.d. "*Facility management*") che possa eseguire il lavoro, il servizio o la fornitura. In tutti questi casi, infatti, si è in presenza di veri e propri intermediari che si aggiudicano la gara per poi affidarne in subappalto l'esecuzione a costi estremamente bassi, in tal modo determinando un costo d'intermediazione che, se evitato, determinerebbe un duplice effetto benefico consistente in un risparmio per la P.A. nonché una maggior remunerazione per le imprese che di fatto danno esecuzione al contratto.

La gestione produttiva, ed in particolare l'organizzazione della forza lavoro, è fondamentale anche per limitare il fenomeno di subordinazione di fatto tra imprese. L'impresa in posizione di debolezza è, nei fatti, legata all'impresa forte da un rapporto di dipendenza economica assimilabile ad un vincolo di "subordinazione". Questo vincolo, che si instaura a monte, non può che condizionare inevitabilmente anche il rapporto giuridico di reale subordinazione, che instaura a valle, tra imprenditore e lavoratore.

Il valore importante che le piccole imprese possono certamente esprimere si caratterizza per il legame con le risorse umane impegnate nelle diverse attività e/o cicli produttivi con contratti di "dipendenza" a "tempo indeterminato" e che quindi sono in grado di gestire sia l'organizzazione del lavoro che la gestione operativa di tutti i cicli di lavorazione e il fattore lavoro in generale.

SEMPLIFICAZIONE

Un ulteriore aspetto di fondamentale importanza, che il legislatore italiano dovrebbe tenere in considerazione nel disciplinare le procedure di gara, seguendo un trend opportunamente avviato negli ultimi anni, è quello della semplificazione delle medesime attraverso la valorizzazione dei sistemi più flessibili e la riduzione degli oneri burocratici e finanziari a carico delle imprese.

L'obiettivo di un'effettiva semplificazione delle procedure e della riduzione degli oneri, infatti, oltre ad essere auspicabile ai fini della creazione di un ambiente più favorevole alle attività d'impresa in generale, risulta altresì presupposto fondamentale per agevolare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici in quanto queste ultime, rispetto alle imprese di maggior dimensioni (che sono più strutturate ed hanno quasi sempre un ufficio gara che cura l'adempimento di tali oneri), spesso non dispongono di un'organizzazione ovvero di strumenti adeguati per farvi fronte.

In tal senso, sebbene si registrino alcuni passi in avanti - ad es. la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, che tuttavia, si sta rivelando problematica nella sua fase iniziale -

è necessario proseguire nel solco della strada intrapresa, procedere con maggiore incisività, intervenendo laddove sussistono ancora margini per una ulteriore effettiva semplificazione amministrativa, e contrastando inutili sovrapposizioni e duplicazioni (AVCPass, Mepa, altre centrali d'acquisto) attraverso un maggior ricorso all'autocertificazione ed all'utilizzo di strumenti elettronici nonché incrementando e rendendo effettive le disposizioni già vigenti che impediscono alle stazioni appaltanti di richiedere documentazione già sottoposta in passato ovvero obbligano le medesime a richiedere la documentazione già in possesso di altre amministrazioni direttamente a queste ultime.

Per quanto concerne inoltre gli oneri di carattere economico, nell'ambito di una procedura di gara, il principale elemento di costo, in caso di esclusione, è connesso alla gestione del contenzioso: sarebbe infatti auspicabile la previsione di efficaci procedure correttive interne all'agire dell'amministrazione - ad esempio la procedura precedentemente gestita dall'AVCP (il c.d. "parere di precontenzioso") potrebbe essere resa vincolante per le stazioni appaltanti - e, soprattutto, una riduzione dei costi che le imprese siano eventualmente tenute a sostenere al fine di presentare un ricorso presso gli organi di giustizia amministrativa.

L'obiettivo, pienamente condivisibile, di predisporre meccanismi di filtro al fine di ridurre un contenzioso sproporzionato, che spesso risponde al solo fine pretestuoso di bloccare/rallentare le gare in corso quale strumento di pressione nei confronti delle PPAA, non può tuttavia tradursi *tout court* nella previsione di un aumento dei costi che si traducano in oneri economici eccessivi, tali da costituire una vera e propria barriera d'accesso alla giustizia, scoraggiando anche gli eventuali ricorsi da parte degli operatori - in particolare di quelli che dispongono di minori risorse economiche da destinare al contenzioso - che abbiano subito un pregiudizio a seguito dell'effettiva violazione della vigente normativa: la necessità di garantire la certezza e la celerità delle procedure non può infatti in alcun modo risolversi in una negazione di giustizia.

A ciò si aggiunga che, in un sistema nel quale il criterio dell'aggiudicazione in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa diventerà la regola, l'aumento dei controlli, siano essi stragiudiziali che giudiziali, integrerebbe un ulteriore strumento di prevenzione della corruzione ed un miglioramento dell'efficienza negli affidamenti.

MISURE ORGANIZZATIVE

Inoltre, anche alla luce del mutato quadro normativo europeo, Confcommercio auspica l'individuazione e la conseguente adozione di specifiche misure, anche di carattere organizzativo, che potrebbero rivelarsi più idonee allo scopo perseguito in quanto maggiormente in grado di rendere effettive le disposizioni di principio in materia di suddivisione in lotti ed accesso delle PMI, realizzando in concreto ciò che ad oggi, pur essendo previsto dalla vigente legislazione, nella pratica sembra essere lettera morta.

Ai sensi della nuova disciplina europea, infatti, fattori quali la professionalità, l'organizzazione e l'efficienza delle stazioni appaltanti, assumono una rilevanza decisamente maggiore nell'ambito del processo di acquisto in conseguenza del ruolo e del considerevole aumento del potere discrezionale attribuito alle Stazioni Appaltanti, nonché della maggior complessità gestionale delle gare d'appalto. Sono infatti i singoli Enti/Amministrazioni a giocare un ruolo chiave nella razionalizzazione degli acquisti

pubblici, in quanto gestiscono e intervengono sull'intero processo di acquisto (dalla pianificazione della spesa alla gestione dei contratti)

La difficoltà di gestire gare relative ad una pluralità di lotti viene, ad esempio, spesso addotta quale motivazione per il mancato o insufficiente adempimento dell'obbligo di suddivisione, costituendo, nei fatti una vera e propria barriera all'accesso delle PMI.

Appare infatti di tutta evidenza che i pur apprezzabili sforzi finalizzati ad ampliare e facilitare l'accessibilità al mercato degli appalti pubblici da parte del legislatore europeo e nazionale non sono risultati comunque sufficienti a creare reali ed effettive condizioni di partecipazione, come dimostrato dai richiamati ripetuti interventi normativi in Italia o dal Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici del 2008 con cui la Commissione, a legislazione allora vigente, aveva fatto una ricognizione delle *best practices* adottate nei singoli Stati membri.

Le parti in causa consultate durante la preparazione di tale Codice di buone pratiche in merito alle difficoltà incontrate dalle PMI nell'accedere agli appalti pubblici hanno sottolineato che, al fine di agevolare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici non sono sufficienti modifiche legislative alla disciplina vigente in materia di appalti pubblici ma risulta necessario *“un cambiamento nella cultura delle autorità aggiudicatrici”*, in tal modo confermando la necessità di prevedere misure idonee (quali, ad esempio, l'avvio di adeguati percorsi di formazione nonché la predisposizione di linee guida operative) affinché le stazioni appaltanti esercitino correttamente le funzioni attribuitegli.

CRITERI DI AGGIUDICAZIONE

Si confida infine che, facendo seguito ad una consolidata giurisprudenza nonché ai ripetuti pronunciamenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, il ricorso alla procedura di aggiudicazione secondo il criterio del prezzo più basso venga limitato ai soli casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici, con l'atto di indizione della gara, motivino espressamente (ed adeguatamente) che il bene, il servizio o l'opera richiesto in ragione delle proprie intrinseche caratteristiche sia talmente determinato e specificato da non essere suscettibile di alcuna possibile valutazione di tipo qualitativo.

Tanto premesso, Confcommercio ritiene tuttavia preferibile, anche in questi casi, il ricorso ad un criterio che, al fine di conseguire il miglior rapporto qualità prezzo, esprimendo con chiarezza da parte delle committenze gli obiettivi e gli standard di servizio che intendono conseguire, lasci libere le imprese, attraverso il progetto tecnico-organizzativo formulato all'interno dell'offerta, di esprimere le proprie capacità e *know-how*, spesso maggiori anche di quelle possedute dalle amministrazioni committenti.

Si auspica inoltre che la gara di solo prezzo o costo venga comunque esclusa in relazione alla facoltà conferita agli Stati membri (art. 67, comma 2, ultimo capoverso, Direttiva settori ordinari) per i settori c.d. *“labour intensive”* e per quelli nei quali, pur non rientrando in tale categoria, il contratto sottoscritto tra le due parti (Pubblica Amministrazione e Impresa) incide in modo sensibile su *stakeholder* terzi, come nel caso della ristorazione collettiva (incidendo sugli utenti terzi del servizio) e nel settore dei buoni pasto (incidendo sui pubblici esercenti e sui consumatori finali). Inoltre, vanno considerate anche ragioni di politica economica, essendo le modalità di acquisto delle

PP.AA. - data la dimensione degli appalti di servizi - uno dei principali strumenti di politica industriale attualmente a disposizione.

Al contempo, sarebbe altresì auspicabile una previsione che specifichi che la ponderazione tra gli elementi di tipo qualitativo e quelli di tipo quantitativo, tra cui il prezzo, debba essere tale da non pregiudicare o eludere, in via diretta o indiretta, il criterio dell'aggiudicazione a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Inoltre, riguardo all'obiezione - spesso sollevata in relazione a tale modalità - secondo cui il criterio di aggiudicazione in base all'offerta economicamente più vantaggiosa si presterebbe maggiormente a fenomeni di corruzione e favorirebbe i cartelli tra le imprese, Confcommercio ritiene che tali motivazioni non possano essere considerate ostative al ricorso a tale criterio, trattandosi di patologie che si verificano anche in occasione di gare al massimo ribasso e che devono essere opportunamente ed adeguatamente contrastate dalle Autorità competenti (cfr., sul punto, il richiamato provvedimento dell'AGCM dell'8 ottobre 2014 - All. 2).

Al riguardo, Confcommercio auspica un'adeguata valorizzazione nonché un maggior ricorso da parte delle stazioni appaltanti alle indicazioni fornite dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato attraverso il *Vademecum per le stazioni appaltanti*, volto all' *Individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici* (adottato con delibera del 18 settembre 2013 - cfr. All. 3), con cui vengono individuati una serie di comportamenti che possono essere indicativi dell'esistenza di possibili cartelli tra imprese. A tal proposito, si potrebbe prevedere l'obbligo per le stazioni appaltanti di produrre una ricognizione, rispetto alle gare bandite, dell'esistenza di tali segni, e, nel caso se ne riscontri l'esistenza, l'obbligo di segnalazione all'AGCM.

SERVIZI SOSTITUTIVI DI MENSA (BUONI PASTO)

In merito agli appalti relativi ai servizi sostitutivi di mensa, si evidenzia che il sistema dei c.d. "buoni pasto" è attualmente disciplinato, seppure in parte in modo improprio (in quanto una parte della disciplina riguarda il settore in generale e non solo la parte appaltata da parte dei committenti pubblici), dall'articolo 285 del Regolamento attuativo del Codice dei contratti pubblici.

Al riguardo, si rappresenta il timore che una interpretazione restrittiva dei principi di delega contenuti nel disegno di legge delega di cui è iniziata la discussione in commissione ottava al Senato, soprattutto nel caso di un *corpus* normativo il cui articolato sia notevolmente ridotto rispetto all'attuale Codice, possa far venire meno una specifica disciplina del settore, con il conseguente ricorso a disposizioni normative adatte per gli appalti di opere e non anche per gli appalti di servizi, in particolare per quelli relativi ai buoni pasto, in considerazione delle peculiarità di tali servizi, nonché producendo il rischio di un vero vuoto normativo per tutta quella parte della disciplina che non è riferita esclusivamente al campo degli appalti e degli appalti pubblici.

Sebbene infatti l'attuale disciplina appaia lacunosa e funzionale allo sviluppo di fenomeni patologici, Confcommercio ritiene indispensabile che anche il nuovo *corpus* normativo contenga una disciplina *ad hoc* per i servizi sostitutivi di mensa, auspicando altresì una migliore regolamentazione che possa in qualche misura arginare i richiamati fenomeni distorsivi delle gare che, già da qualche anno, colpiscono gli appalti pubblici

nel settore e che appaiono in continua crescita: un esempio in tal senso è costituito dai numerosi contratti che vengono aggiudicati in evidente perdita alle società che maggiormente sono protagoniste di ribassi economici insostenibili e che recuperano la redditività a carico degli esercenti convenzionati con varie modalità, la principale delle quali è quella dei cosiddetti servizi aggiuntivi.

Questi ultimi, diffusi nella prassi contrattuale del settore, comportano infatti effetti distorsivi delle dinamiche di filiera e risultano estranei alla *ratio* stessa dell'istituto, al punto che l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, aveva ben individuato la degenerazione patologica del fenomeno e dettato orientamenti con la Determinazione n. 5 del 20 ottobre 2011 (cfr. All. 4) che, tuttavia, non si sono rivelati assolutamente adeguati a risolvere il problema.

Lo svilupparsi di tali prassi ha consentito rilevanti risparmi alla committenza pubblica e privata al prezzo, tuttavia, di evidenti penalizzazioni a carico degli esercenti e degli stessi consumatori (buoni pasto tagliati nel valore o rifiutati) nonché di una elevata e crescente evasione (una quota crescente di esercenti non restituiscono i buoni pasto agli emettitori, ma li spendono nei supermercati, così evadendo fiscalmente e quindi erodendo lo stesso risparmio prodotto dai maxi ribassi nelle gare, ed evitando di pagare alle società di emissione il corrispettivo del convenzionamento).

Confcommercio, inoltre, già in occasione della richiamata audizione presso l'AVCP del 9 febbraio 2011, aveva lamentato la mancata riproposizione, nell'ambito dei criteri di valutazione delle offerte, di una previsione (già contenuta nell'articolo 7, comma 2, del D.P.C.M. 18 novembre 2005) in base alla quale il valore assunto a base d'asta per le gare non possa essere inferiore al valore facciale del buono pasto. Una simile previsione, infatti, costituiva un argine alla tendenza a scaricare sugli esercenti il ribasso sul valore nominale del buono pasto che le società emittenti praticano alle PPAA al fine di potersi aggiudicare la gara che sarebbe opportuno riproporre in occasione del recepimento delle nuove direttive.

Altro fenomeno distorsivo riscontrato dalla medesima Autorità a seguito delle indagini effettuate è quello riconducibile alla prassi di numerose società emittenti di fornire dichiarazioni non veritiere, in sede di partecipazione alla procedura di gara, relativamente al numero di esercizi convenzionati o di futuro convenzionamento, in particolare, ma non solo, in quei casi in cui tale numero ha in concreto un peso determinante ai fini dell'aggiudicazione ed è, pertanto, in grado di falsare pesantemente il corretto confronto tra le offerte tecniche presentate.

Al fine di contrastare efficacemente tali fenomeni, appare evidente la rilevanza delle disposizioni inerenti la individuazione delle offerte anormalmente basse, per la cui disciplina risulta necessaria, nella trasposizione della nuova legislazione europea (art. 69, Direttiva settori ordinari), una più rigorosa regolamentazione, anche con riferimento al controllo della corrispondenza tra quanto contenuto in offerta, quanto giustificato in fase di verifica dell'anomalia e quanto realizzato nella fase di esecuzione.

In relazione a tali fattispecie, inoltre, la questione degli strumenti di verifica a disposizione della stazione appaltante si lega a quella, più generale, relativa al sistema dei controlli la cui problematica resta aperta, in particolare, rispetto ai soggetti che sono tenuti ad effettuarli, che devono necessariamente possedere caratteristiche di autonomia e terzietà tali da consentire agli stessi di svolgere nel modo più appropriato

possibile tale funzione. Occorre pertanto, nella trasposizione della normativa europea (art. 70, Direttiva settori ordinari), prevedere controlli penetranti, e non meramente documentali, nella fase di esecuzione, ancor più in considerazione del maggior ricorso alle centrali di acquisto, che sono tuttavia più lontane dalla fase di esecuzione, e di quanto in essa avviene, rispetto alle committenze reali.

Tanto premesso, Confcommercio auspica che, nell'ambito del recepimento delle direttive appalti e concessioni:

- 1) sia salvaguardata, e possibilmente migliorata, la regolamentazione dei servizi sostitutivi di mensa attualmente prevista dall'art. 285 del regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici;
- 2) venga adottata una regolamentazione specifica per i servizi c.d. aggiuntivi;
- 3) sia resa maggiormente efficace la verifica di congruità;
- 4) siano resi più effettivi i controlli in fase di esecuzione.