

**DDL n. 3514/C
Delega al
Governo in
materia di
contratti pubblici**

**Commissione Ambiente
della Camera**

**Audizione ANCE
12 aprile 2022**

PREMESSA

Nel settore dei lavori pubblici si è assistito, da oltre 15 anni, ad una fortissima contrazione degli investimenti.

Ciò non bastando, il comparto delle costruzioni patisce, da decenni, l'assenza di una politica industriale che – al di là degli annunci – sia effettivamente orientata al rilancio degli investimenti infrastrutturali.

Il PNRR rappresenta quindi un'occasione unica per traghettare il Paese verso la crescita e la modernità, dove il “peso delle riforme” è addirittura superiore al “peso degli investimenti”.

In questo processo, il settore delle costruzioni ricopre un ruolo prioritario, rappresentando quel “debito buono” che potrà gettare le basi per una crescita duratura e finalizzata agli obiettivi della sostenibilità e della transizione verde.

A tal fine, è tuttavia indispensabile un “cambio di passo”: occorre riorganizzare il settore in maniera più snella, tempestiva ed organica, a partire anzitutto dalla normativa, ossia definendo una disciplina in linea con quello che l'Europa sta chiedendo da anni.

Venendo alle regole, occorre partire da un dato di fatto: **il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016) ha fallito**; tanto è vero che risulta del tutto disapplicato. Ciononostante, continuano a dispiegarsi i suoi effetti, a partire da quelli delle sue (gravi e numerose) lacune.

Restano in vigore, infatti, **una serie di disposizioni *extravaganti***, quali alcuni stralci del Codice “De Lise”, o anche intere parti del previgente regolamento di attuazione - di cui al d.p.r. 207/2010 - per giungere, in attesa del nuovo regolamento attuativo, alle diverse linee guida ANAC sinora adottate. Queste, solo per citarne alcune.

Vieppiù, in poco più di 4 anni, il Codice ha subito almeno due interventi normativi profondi – rappresentati dal primo decreto correttivo n. 56/2017 e dal DI Sblocca cantieri n. 32/2019 - che ne hanno completamente rivisto e/o sospeso gli aspetti fondamentali, a riprova dell'intrinseca irrealizzabilità e/o dell'erroneità di alcune scelte fatte.

Con **il DI semplificazioni n. 76/2020**, addirittura, si è optato per la creazione di un **sistema normativo “in deroga” fino al 31 dicembre 2021**; termine poi prorogato dal **DL Semplificazioni “bis” n. 77/2021 fino al 2023**, con l'aggiunta di procedure **derogatorie ad hoc per gli affidamenti del PNRR**; il tutto, accompagnato dalla nomina di – numerosi - nuovi commissari “Sbloccacantieri”, dotati di “super poteri”.

Un “ecosistema” normativo così mutevole ha completamente disorientato non solo gli operatori del settore, ma gli stessi giudici amministrativi, chiamati ad applicare al caso concreto regole inevitabilmente schizofreniche, contraddittorie e mal coordinate.

Difronte a tale complessità, alla fine, si arreso anche il legislatore che, per porvi rimedio, è ricorso al sistema delle deroghe: è stato così per arrivare a realizzare in tempo eventi come il G7 di Taormina 2017, le Universiadi 2019, o anche i Mondiali di sci di Cortina 2021.

Tale incertezza regolatoria, da un lato, ha frenato le stazioni appaltanti nella messa in gara dei lavori, e, dall’altro, ha generato forte contenzioso “a valle” delle procedure di affidamento.

Preso atto di tale oggettiva situazione di “empasse”, Il Governo, con il ddl in esame, ha scelto di **avviare la stagione della riforma del Codice**, in tempi auspicabilmente veloci.

Sul punto, peraltro, va evidenziato che, tenuto conto dei tempi di approvazione della legge delega in esame, a cui si aggiungono quelli per l’adozione del nuovo Codice – almeno 6 mesi - verosimilmente, detta riforma non troverà applicazione alcuna con riferimento alla prima *tranche* di opere del PNRR, che andranno in gara, quindi, con le procedure “derogatorie”, previste del citato dl “semplificazione bis” fino al 2023.

Affinché il legislatore possa dar vita ad una normativa sui lavori pubblici moderna ed efficace, è tuttavia necessario che vi siano alcune “**precondizioni essenziali**”, senza le quali non sarà possibile ovviare ai limiti del precedente impianto regolatorio.

In particolare, occorre anzitutto superare la “**presunzione di colpevolezza**”, in cui versa il comparto delle imprese di imprese e che porta all’ormai sistematico sacrificio delle legittime aspettative di giustizia degli operatori privati, e sulla contrapposta tendenza a dare più spazio alle ragioni della parte “forte” (alias pubblica) del rapporto.

Inoltre, non è più rinviabile uscire **dalla logica “suddito/sovrano” che pervade la contrattualistica pubblica**, di matrice ottocentesca, con definitivo abbandono della tendenza ad accentuare la posizione di sudditanza delle imprese esecutrici, di fronte al “sovrano - committente”.

Infine, non è concepibile il solo ritorno allo schema operativo della “Legge Obiettivo” e del “General Contractor” solo per ovviare alla carenza organizzativa della pubblica amministrazione. Si tratta infatti di un modello che non ha raggiunto gli obiettivi auspicati, in termini di certezza dei tempi e costi di realizzazione.

Ciò posto, è necessario prevedere una **nuova legge sui contratti pubblici**, più snella e maggiormente equilibrata dell'attuale Codice degli Appalti, contenente le regole e i principi comuni per lavori, servizi e forniture, e un **nuovo Regolamento attuativo, espressamente dedicato ai lavori pubblici**, distinto da servizi e forniture, in cui recepire anche talune norme comunitarie. L'esperienza della "soft law" infatti è stata fallimentare: si è creato un quadro normativo disomogeneo, non coordinato, in continuo divenire, incapace di dare certezza agli operatori del mercato.

I PUNTI DI FORZA DELLA LEGGE DELEGA

La delega è, pertanto, finalizzata a restituire alle disposizioni codicistiche semplicità e chiarezza di linguaggio, nonché ragionevoli proporzioni dimensionali, limitando il più possibile nel testo i rinvii alla normazione secondaria.

Molti sono i principi espressi che meritano senz'altro apprezzamenti, tra i quali si segnalano i seguenti:

- 1) Principio di **stretta aderenza alle direttive comunitarie**, per cui la nuova disciplina dovrà attenersi il più possibile alla normativa dettata dalle direttive UE nn. 23, 24 e 25/2014. In particolare, viene specificato che il livello di regolazione deve corrispondere a quello minimo individuato dalle medesime direttive, in ossequio al c.d. divieto di *gold plating* nel recepimento del diritto comunitario. Pertanto, la nuova disciplina subirà una riduzione delle norme ed una loro auspicata razionalizzazione – art. 1, comma 1, lett a);
- 2) Principio della **suddivisione degli appalti** in lotti sulla base di criteri **qualitativi** o **quantitativi**, nonché del **divieto di accorpamento artificioso** dei lotti - art. 1, comma 2, lett. c)
- 3) Principio di **semplificazione** della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di **importo inferiore alle soglie di rilevanza europea**, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenzialità, etc; nonché previsione del **divieto** per le stazioni appaltanti di **utilizzare, ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi**, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate - art. 1, comma 1, lett d).
- 4) previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un **regime obbligatorio di revisione dei prezzi** - art. 1, comma 1, lett f) (su cui vedi anche oltre);

- 5) Riduzione e certezza dei tempi di espletamento delle **procedure di affidamento e di esecuzione** dei contratti, attraverso l'utilizzo di procedure informatiche e digitalizzate - art. 1, comma 1, lett i)

Il procedimento di gara deve assolutamente velocizzarsi, consentendo di pervenire rapidamente alla cantierizzazione dei lavori, nel rispetto della trasparenza e legalità. Servono procedure snelle, che garantiscano, al contempo, dal rischio di collusioni e fenomeni corruttivi.

- 6) **Riduzione degli oneri documentali** ed economici (art. 1, comma 1, lett i) per gli operatori economici:

- nella fase di partecipazione alla gara,
- in relazione all'adozione dei SAL ed al pagamento del corrispettivo e degli acconti dovuti.

- 7) razionalizzazione e semplificazione delle **cause di esclusione**, al fine di rendere le regole di partecipazione **chiare e certe**, individuando le fattispecie che configurano **l'illecito professionale** - art. 1, comma 1, lett l) (su cui vedi anche oltre);

- 8) **Semplificazione delle procedure relative alla fase di approvazione dei progetti** in materia di opere pubbliche - art. 1, comma 1, lett o);

- 9) ridefinizione della disciplina delle **varianti in corso d'opera**, nei limiti previsti dall'ordinamento europeo, in relazione alla possibilità di modifica dei contratti durante la fase dell'esecuzione - art. 1, comma 1, lett s);

- 10) **revisione del sistema delle garanzie fideiussorie** per la partecipazione e l'esecuzione dei contratti pubblici, prevedendo una **disciplina omogenea** per i settori ordinari e per i settori speciali e prevedendo, in relazione alle garanzie dell'esecuzione dei contratti, la possibilità di sostituire le stesse mediante l'effettuazione di una **ritenuta di garanzia proporzionata** all'importo del contratto in occasione del pagamento di ciascuno stato di avanzamento dei lavori - art. 1, comma 1, lett aa);

- 11) semplificazione delle **procedure di pagamento** da parte delle stazioni appaltanti del corrispettivo contrattuale, anche riducendo gli oneri amministrativi a carico delle imprese - art. 1, comma 1, lett gg);

- 12) **Estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale**, anche in materia di esecuzione del

contratto - art. 1, comma 1, lett hh).

- 13) **Razionalizzazione e semplificazione della disciplina del PPP**, anche attraverso il ricorso a contratti tipo; rafforzamento delle forme di partenariato pubblico privato - art. 1, comma 1, lett v).

Appare positiva la previsione di una standardizzazione dei contratti di PPP, al fine di favorire la diffusione di buone pratiche e sostenere amministrazioni e soggetti privati nella gestione di contratti complessi per i quali una corretta allocazione dei rischi è indispensabile per la riuscita dell'operazione.

Il DDL richiama, inoltre, l'obiettivo di estendere le forme di partenariato, con particolare riguardo alla finanza di progetto. Un obiettivo che oggi appare ancora più strategico in considerazione delle grandissime opportunità di sviluppo offerte dal Recovery Fund. L'ingresso di capitali privati potrà, infatti, supportare alcune delle iniziative di investimento che verranno finanziate dai 108 miliardi di euro che il PNRR destina, secondo le stime dell'Ance, ad interventi di interesse per le costruzioni, attivando un effetto leva positivo.

Tale modalità di impiego delle risorse del Recovery Fund consentirà di ottenere un volume complessivo di investimenti pubblico-privati superiore a quello che si avrebbe con il solo finanziamento pubblico, aumentando l'efficacia e l'efficienza dell'intervento. A parte la necessaria valutazione in termini di sostenibilità economica, ambientale e sociale, i progetti verranno selezionati sulla base della loro capacità di realizzazione e quindi di ripagare il debito **contratto** o di remunerare il capitale investito.

Un maggiore ricorso alle forme di partenariato non potrà prescindere dal coinvolgimento delle imprese di costruzioni che potranno dare il loro contributo fin dalle fasi iniziali di sviluppo del progetto.

Laddove ciò non avvenga è comunque necessario garantire che la fase di esecuzione dei lavori, a valle dell'affidamento della concessione, avvenga secondo le procedure di evidenza pubblica nel pieno rispetto della concorrenza e garantendo il regolare funzionamento del mercato.

ULTERIORI CRITERI DI DELEGA, DA PREVEDERE ESPRESSAMENTE

Ciò premesso, per una nuova normativa sui lavori pubblici moderna ed efficace, i criteri di delega andrebbero tuttavia integrati **con una serie di ulteriori principi** e o precisazione, riassumibili come segue:

a) Regolamento per i lavori pubblici - art. 1, comma 2, lett. a)

Il criterio in esame prevede la ridefinizione della disciplina secondaria in via meramente eventuale. Di contro, per ANCE, risulta assolutamente necessaria l'emanazione di un nuovo Regolamento attuativo, espressamente dedicato ai lavori pubblici, distinto da servizi e forniture, in cui recepire anche talune norme comunitarie.

L'adozione di un tale Regolamento, peraltro, era già stata prevista dall'attuale Codice degli appalti (art. 216, comma 27-octies), sulla falsariga della previgente disciplina. La sua mancata adozione ha costituito nel tempo un fattore di disorientamento per le stazioni appaltanti e di appesantimento della normativa primaria con norme di dettaglio.

Occorre quindi rendere cogente, già in sede di legge delega, la ridefinizione della disciplina secondaria mediante adozione di regolamenti attuativi distinti - uno per i lavori ed un altro per servizi e forniture - che tengano in considerazione le peculiarità delle diverse tipologie contrattuali.

b) Revisione dei prezzi - art. 1, comma 2, lett. f)

La vicenda del caro materiali, su cui il Governo è dovuto intervenire in urgenza, pena il blocco generalizzato dei lavori, ha reso evidente la necessità di prevedere un meccanismo di revisione "a regime", attraverso il quale riconoscere alle imprese gli incrementi eccezionali intervenuti e ricondurre i rapporti negoziali nel perimetro dell'equilibrio sinallagmatico.

La revisione dei prezzi durante l'esecuzione del contratto, infatti, è uno strumento necessario per mantenere costante l'equilibrio sinallagmatico tra i contraenti, talché non può essere rimessa alla sola scelta unilaterale delle stazioni appaltanti, ma dovrebbe essere resa obbligatoria, in presenza di condizioni obiettive.

Positiva, quindi, è l'introduzione nel DDL in esame dell'obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere un regime obbligatorio di revisione prezzi; occorre tuttavia eliminare la circostanza che tale meccanismo scatti al verificarsi di "particolari condizioni", per renderlo idoneo a garantire in generale la sostenibilità dei contratti durante tutta la fase di esecuzione.

c) revisione e semplificazione della normativa primaria in materia di programmazione e localizzazione delle opere pubbliche - art. 1, comma 2, lett. m)

Con specifico riferimento alla localizzazione delle opere pubbliche, la legge delega fa un positivo riferimento alla revisione, alla semplificazione e alla minore conflittualità fra i livelli istituzionali coinvolti, andando nella direzione auspicata dall'Ance che già in altre occasioni ha evidenziato la necessità di un intervento volto a coordinare il D.lgs. 50/2016 sia con le normative urbanistiche, sia con quanto previsto dal Dpr 383/1994 sulla localizzazione delle opere di interesse statale.

d) Snellire la fase “a monte” dei lavori pubblici – Art. 1, comma 2, lett. o)

La legge delega sul punto risulta molto positiva poiché parla di semplificazione delle procedure di approvazione dei progetti, anche mediante eventuale riduzione dei livelli progettuali, considerato che oggi le cd. “procedure a monte della gara” risultano altamente complesse e in grado di ritardare notevolmente la cantierizzazione delle opere.

È fondamentale lo snellimento delle procedure di approvazione dei progetti delle opere pubbliche – che attualmente si basano su tre livelli successivi di progettazione ciascuno oggetto di un autonomo procedimento approvativo - rafforzando su ciascun livello la funzione di raccordo, semplificazione e coordinamento che lo strumento della conferenza di Servizi è chiamato a promuovere e tutelare.

Più in generale, occorre snellire la fase che precede la messa a gara dei lavori, dove si concentra il 70% dei ritardi, portando “a regime” i poteri connessi al modello “commissariale” utilizzato per i lavori della tratta ferroviaria NA-BA, che hanno dato ottimi risultati in termini di accelerazione di tale segmento procedurale.

Molte stazioni appaltanti hanno infatti denunciato la necessità che, in sede di “conferenza dei servizi”, vi sia un coordinamento tra le previsioni del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibile, quelle del Ministero della transizione ecologica e, infine, quelle del Ministero della Cultura (vedi sul punto oltre, sub lett. i).

In particolare, per quanto riguarda la conferenza di servizi, occorre sia un miglior coordinamento con la disciplina generale di tale istituto contenuta negli artt. 14 e ss della Legge 241/1990, sia la previsione di misure di semplificazione e accelerazione quali:

- obbligo di conferenza di servizi in modalità semplificata e asincrona a regime, con applicazione anche nei casi di particolare complessità;
- previsione per cui le amministrazioni non si limitino a fornire il proprio dissenso motivato ma indichino le condizioni e prescrizioni finalizzate al suo superamento;
- necessità di prevedere riunioni telematiche, anche per progetti complessi, per chiarimenti e integrazioni, che però non devono incidere sui tempi

- perentori previsti per il rilascio dei relativi atti/pareri delle amministrazioni coinvolte;
- rafforzamento della perentorietà dei termini prevedendo una chiusura certa ed automatica della conferenza da parte dell'amministrazione procedente, che si basi sulla maggioranza dei pareri pervenuti o acquisiti tramite silenzio assenso con obbligo da parte del responsabile del procedimento di attestare la chiusura del procedimento entro 10 giorni;
 - riduzione dei termini a disposizione delle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica ecc. che sono di molto superiori al termine di 45 gg. a disposizione delle altre amministrazioni che intervengono nella conferenza (90 gg, salvo i casi in cui le normative di settore prevedano un termine più ampio);
 - snellire il processo di acquisizione di atti che si rendono necessari in fase di esecuzione dell'appalto prevedendo - sull'esempio dell'art. 13 del DL 76/2020 (che prevede per i pareri eventualmente necessari in fase di esecuzione il loro rilascio nel termine di 60 gg) - che gli assensi debbano essere rilasciati entro termini ridotti di 30 giorni e in caso di mancata pronuncia si intende acquisito l'assenso. L'esigenza di particolare semplificazione deriva dal fatto che l'opera è in corso di realizzazione e il cantiere non può fermarsi.

e) Qualificazione delle imprese attraverso i lavori subappaltati – art. 1, comma 2, lett. q)

Nell'ambito del criterio di revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori, occorre recuperare il ruolo centrale dell'appaltatore nell'esecuzione dell'appalto, bilanciando la responsabilità di quest'ultimo nei confronti della stazione appaltante con una disposizione che consente di utilizzare, ai fini della qualificazione della stessa impresa aggiudicataria, le lavorazioni affidate in subappalto.

Ciò, in coerenza sia con la normativa comunitaria sia con la giurisprudenza della Corte, che considerano coerente con i principi comunitari l'esecuzione dell'opera attraverso un subappaltatore. Infatti, secondo tale ricostruzione, un operatore economico è ammesso a presentare un'offerta, laddove si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto (ex multis, C-234/14 del 14 gennaio 2016 e C-305/08 del 23 dicembre 2009).

Le imprese italiane devono potersi qualificare al pari di quelle estere, anche attraverso i lavori eseguiti in subappalto.

Più in generale, occorre perfezionare la qualificazione delle imprese, al fine di garantire l'accesso al mercato di soggetti realmente idonei.

L'attestazione SOA è condizione necessaria per partecipare alla gara ma, di fatto, non è più sufficiente. Spesso, infatti, vengono richiesti ulteriori requisiti di consistenza di personale al momento della gara, oltre che di lavori identici/similari a quelli base d'asta.

In questo contesto, non va dimenticato che il legislatore nazionale, in sede di recepimento delle nuove direttive UE, ha optato per mantenere il sistema delle SOA, sia pure con le necessarie modifiche e correzioni.

Serve infatti un "sistema di qualificazione nazionale unico", anche di natura pubblicistica, che abiliti le imprese a partecipare alle gare di appalto, almeno in una determinata fascia d'importo.

Occorre logicamente apportare alcune migliorie al sistema SOA, almeno per gli appalti contenuti al di sotto di una determinata fascia di importo, purché ciò non si traduca nella richiesta, gara per gara, di ulteriori requisiti aggiuntivi rispetto all'attestazione.

E' indispensabile infine implementare la qualificazione SOA con i requisiti qualitativi/reputazionali, idonei a misurare il curriculum dell'impresa.

f) Esclusione automatica delle offerte anomale sotto soglia - art. 1, comma 2, lett. r)

È assolutamente condivisibile la previsione di un criterio di delega volto ad individuare le ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte, laddove non siano necessarie migliorie al progetto, e possono utilizzare il criterio del prezzo più basso.

Sebbene sia da riformare il c.d. sistema "antiturbativa" - al fine di renderlo più efficace - l'esclusione automatica delle offerte anomale, per il sottosoglia, va tuttavia mantenuta, in quanto assicura velocità di assegnazione degli appalti, scongiura l'affidamento al massimo ribasso assoluto, ed elimina il contenzioso in gara

g) Tutela delle MPMI e Contraente Generale - art. 1, comma 2, lett. c)

Con riferimento allo schema operativo del "General Contractor", occorre rilevare che i rapporti del contraente generale con i terzi (*rectius*, con gli appaltatori/affidatari), attualmente, sono rapporti di diritto privato, **cui non si applica il Codice degli appalti pubblici**. salvo quanto espressamente previsto in tema di possesso dei requisiti di qualificazione.

Al contempo, nei confronti dell'appaltatore, il general contractor è da ritenersi il committente/stazione appaltante.

In ragione di ciò, occorre prevedere, sempre in una ottica di tutela delle MPMI, che il contraente applichi le cd "**condizioni passanti**" ai contratti, con la conseguenza che non dovrebbero essere inserite nei contratti di affidamento clausole maggiormente vessatorie di quelle "sovrastanti", previste dalla stazione appaltante, in fase di aggiudicazione, nei confronti del General contractor.

h) Potenziare gli strumenti di ADR – Art. 1, comma 2, lett. hh)

Il contenzioso, sia in fase di gara che in quella esecutiva, rappresenta una delle criticità generale del sistema di realizzazione dei lavori pubblici.

Si sottolinea l'importanza di potenziare **gli strumenti di tutela alternativi al contenzioso giudiziario**, nell'ottica di risolvere in tempo utile eventuali contenziosi che dovessero originarsi in sede di esecuzione dei lavori.

In questo contesto, l'istituto del Collegio Consultivo Tecnico rappresenta una delle più importanti novità introdotte da ultimo, per addivenire in tempi rapidi al superamento delle controversie che possono sorgere in corso d'esecuzione, e così giungere celermente alla realizzazione delle opere.

È interesse generale, pertanto, che tale strumento diventi pienamente operativo e trovi un'applicazione generalizzata per tutti gli appalti di lavori, senza distinzioni in ragione degli importi, anche perché la stragrande maggioranza dei contratti pubblici affidati in Italia sono di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

i) Le cause di esclusione - art. 1, comma 1, lett l)

E' necessario ricondurre la disciplina delle cause di esclusione entro confini precisi, che ne garantiscano una equilibrata applicazione, nell'interesse sia delle imprese che delle amministrazioni appaltanti.

In tale ottica, è positiva l'introduzione di un principio di delega volto a razionalizzare e semplificare le cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale.

Il grave illecito professionale - vedi articolo 80, comma 5, lettera c), dell'attuale Codice degli appalti pubblici) - ha costituito, infatti, fin dall'entrata in vigore della normativa del Codice 50, una causa di esclusione particolarmente critica e foriera di contenzioso.

Andrebbe altresì precisato, sempre in un'ottica di chiarezza e oggettività delle regole di partecipazione, che l'esclusione di un concorrente non possa poter essere disposta sulla base di valutazioni meramente soggettive dei fatti contestati ed in assenza di qualsivoglia certezza sulla loro fondatezza, prevedendo che il "mezzo adeguato" alla comprova dell'illecito dovrebbe essere sempre rappresentato da un accertamento giudiziale almeno di primo grado.

j) Concessionari autostradali "senza gara" - art. 1, comma 2, lett. ee)

Positiva è l'introduzione di un criterio di delega volto a disciplinare, tra le altre cose, le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del nuovo Codice affidate "senza gara", con l'obbligo per tali soggetti, secondo criteri di gradualità e proporzionalità e tenendo conto delle dimensioni e dei caratteri del soggetto concessionario, dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata, del suo oggetto e del suo valore economico, di affidare a terzi, mediante procedure di evidenza pubblica, parte dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle medesime concessioni.

Sul punto, tuttavia, occorre chiarire definitivamente che la nuova disciplina delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del nuovo Codice, che dovrà tenere conto dei principi espressi dalla **sentenza della Corte Costituzionale n. 218 del 23 novembre 2021, non riguarderà i concessionari autostradali "senza gara"**, rispetto ai quali continuerà ad applicarsi la disciplina prevista dall'articolo 177 del decreto-legislativo n. 50/2016.

Sussistono fortissimi dubbi, infatti, in merito al fatto che la sentenza della Corte Costituzionale **n. 218/2021** - che ha censurato l'articolo 177 nella parte in cui obbligava i concessionari ad esternalizzare l'80 per cento dei contratti di loro competenza, potendo realizzare *in house* (se pubblici) o attraverso imprese collegate e/o controllate (se privati) la restante quota - abbia riguardato anche i concessionari autostradali, che quindi si ritiene continuo a soggiacere alla diversa quota del 60/40.

Nell'espone le ragioni del giudizio di incostituzionalità delle norme censurate, infatti, la Corte fa **costantemente ed esclusivamente menzione del riparto percentuale 80-20**, mentre non viene mai citato il rapporto 60-40, relativo ai concessionari autostradali, che quindi deve ritenersi ancora vigente.

Di tale vincolo, quindi, si deve tener assolutamente conto anche in fase di riscrittura del Codice, verificandosi altrimenti **un grave scostamento rispetto a quanto disposto dai principi eurolunitari e una sottrazione di quote importanti di mercato dal libero gioco della concorrenza**, con la conseguenza che l'ordinamento italiano si troverebbe nuovamente esposto al rischio di subire procedure di infrazione da parte della Commissione UE, come già avvenuto nel 2006.

I vincoli di cui all'articolo 177 sono stati, infatti, imposti proprio al fine di riallineare la disciplina interna ai principi imposti in materia dal diritto UE, **recuperando il gap concorrenziale attraverso la messa in gara dei lavori di competenza dei predetti concessionari.**

k) Nullità clausole in violazione del divieto di ribaltamento costi piattaforme elettroniche – art. 1, comma 2, lett. i)

Occorre evitare che il processo di informatizzazione delle procedure, di cui alla lettera i), produca un ingiustificato ribaltamento dei costi a carico dell'operatore economico.

Pertanto, si ritiene necessario contemplare espressamente il divieto di addebito agli operatori economici di qualsiasi tipologia di costo connesso al ricorso ai servizi di committenza telematici.

l) Revisione della disciplina in materia di accordi quadro

È necessario superare, in fase di riscrittura del Codice, alcune importanti criticità riguardanti l'istituto dell'Accordo Quadro.

In particolare, occorre garantire un maggior equilibrio nei rapporti tra committente ed affidatari in quanto, a fronte degli ingenti impegni assunti da questi ultimi in sede di gara (sul piano economico, assicurativo e della qualificazione) attualmente l'operatore economico non ha alcuna certezza sui contratti attuativi che saranno conferiti "a valle" dell'aggiudicazione.

Pertanto, appare opportuno, anzitutto, assicurare all'affidatario un importo minimo di contratto attuativo garantito, cantierabile in via immediata, indicando nel bando sia il relativo importo – che la stazione appaltante potrà liberamente fissare all'interno di una "forchetta" (30-50% dell'importo dell'accordo quadro) – sia la data in cui sarà stipulato il relativo contratto attuativo.

In secondo luogo, è necessario chiarire in modo inequivocabile che, nel caso degli accordi quadro, il momento in cui deve essere costituita la garanzia definitiva, di cui all'articolo 103 del Codice, è quello della stipula dei singoli contratti attuativi. Occorre, infatti, superare la prassi diffusa di richiedere tale garanzia - che è posta a copertura della corretta esecuzione del contratto - nel momento della sottoscrizione dell'Accordo Quadro. In tale fase, infatti, non esiste ancora un contratto da eseguire, e dunque la garanzia richiesta non copre il rischio cui è naturalmente preposta.

Tale prassi, oltre a comportare aggravii economici pesantissimi per le imprese, peraltro inutilmente sostenuti, è particolarmente critica in quanto, a causa dei ritardi con cui

vengono sottoscritti i contratti attuativi, determina un “blocco” prolungato del “castelletto” dell’impresa, che compromette la possibilità di accedere ad ulteriori forme di credito e dunque di poter partecipare ad altre gare.

Infine, allo scopo di non creare un inutile danno alle imprese in sede di qualificazione, è necessario chiarire che i certificati di esecuzione lavori debbano essere computati rispetto all’importo complessivo dei lavori eseguiti e non rispetto a quello, più contenuto, dei singoli contratti attuativi sottoscritti.

m) Obbligo di aggiornamento dei prezzi

Occorre prevedere un criterio di delega volto a garantire un’effettiva applicazione di prezzi di riferimento aggiornati, congrui e omogenei, con sanzioni in caso di violazione.

In assenza infatti di un corretto adeguamento dei prezzi e degli importi a base d’asta, viene fortemente compromessa la possibilità di formulare offerte congrue, con grave nocimento per i principi di una sana e leale concorrenza, e con negative ripercussioni sulla fase esecutiva dei lavori.

In tale contesto, occorre rendere l’incidenza delle spese generali maggiormente aderente al reale andamento di mercato che, negli ultimi anni, è stato caratterizzato da un progressivo aumento dei costi, in ragione anche dell’esplosione di adempimenti amministrativi posti a carico delle imprese.

La percentuale relativa alle spese generali di carattere ordinario deve pertanto essere aggiornata, negli schemi di analisi, in ragione dei maggiori ed ulteriori oneri posti a carico delle imprese.

n) Visione integrata della normativa in materia di opere pubbliche

La normativa che interviene nell’*iter* di approvazione, affidamento e realizzazione dell’opera pubblica è oramai estremamente complessa e articolata, anche perché non trova più la sua unica *sedes materiae* nel Codice dei contratti pubblici, bensì in una pluralità di *fonti* (vedi, ad esempio, il Codice dell’ambiente o quello in materia di beni culturali) che richiedono una continua opera di raccordo.

Nella riscrittura del Codice, occorre quindi partire da una nuova visione “integrata” che, fin dal principio, coordini le diverse normative rilevanti, così da agevolare il lavoro delle stazioni appaltanti e velocizzare gli iter autorizzativi.

o) Raggruppamenti temporanei d'impresa e regime della responsabilità

Il raggruppamento di imprese è uno strumento temporaneo, occasionale e limitato di cooperazione o di integrazione messo in opera, di volta in volta, per consentire a più imprese, tra cui una capogruppo, di presentare un'offerta unitaria in gare di appalto.

La riunione di imprese, pertanto, non ha soggettività giuridica unitaria: ciascuna impresa, pur operando all'interno della riunione, si presenta munita della propria esperienza, dei propri mezzi economici, tecnici e finanziari, delle proprie metodologie applicative e di condizioni personali di affidabilità e ciò non consente alla stessa di creare un nuovo soggetto giuridico, né una nuova associazione.

Occorre quindi prevedere un principio di delega volto a rimodulare la responsabilità dei componenti del raggruppamento di impresa verso terzi, limitandola ai lavoratori che, a qualsiasi titolo, siano intervenuti, in cantiere, per l'esecuzione dell'opera.

p) Disciplina della fase esecutiva e sinallagma contrattuale

In tale sede, occorre anzitutto prevedere un criterio di delega volto a riconoscere, nell'ambito del rapporto contrattuale, una posizione di **effettiva par condicio fra amministrazione e privati**, con sostanziale **avvicinamento** alla disciplina contenuta nel **codice civile**, e conseguente **abbandono della posizione di supremazia** sino ad ora **riconosciuta alla stazione appaltante**.

D'altra parte, un sinallagma contrattuale, come quello sinora configurato dalla disciplina di riferimento – vedi al riguardo la disciplina in tema di consegna e ripresa dei lavori, varianti, sospensioni e atto di sottomissione - del tutto sbilanciato a favore della stazione appaltante non consente in alcun modo all'impresa esecutrice di ultimare i lavori nei tempi e costi previsti, creando al contempo le premesse per la proliferazione di opere incompiute, con costi indiretti abnormi per la collettività.

Inoltre, occorre recuperare una disciplina dell'esecuzione del contratto suddivisa, tendenzialmente, per le singole "fasi" di realizzazione dei lavori, e non per le figure soggettive che nella stessa intervengono (Direttore dei lavori, Rup, coordinatore della sicurezza...etc.), con ciò superando l'impostazione del DM 49/2018 e della linea guida n. 3 dell'ANAC.

L'impostazione per "fasi", infatti, cui si è sempre ispirata la previgente normativa, garantisce un quadro più coordinato della disciplina da applicare ai diversi momenti della commessa.

q) *Le imprese fallite o in concordato*

Già in sede di delega, occorre prevedere il divieto di **partecipazione alle gare per le imprese fallite o in concordato** in continuità (fatta salva l'ipotesi in cui vi sia un piano che preveda il soddisfacimento di ciascun creditore chirografario nella misura del 50%), la cui presenza altera una sana concorrenza nel mercato.

Le imprese "sane", infatti, non possono disporre di forme di protezione dai creditori analoghe a quelle che accompagnano tali procedure liquidatorie.

r) *Tutela del mercato e settori "esclusi"*

Occorre uniformare la disciplina dei settori esclusi (acqua, energia, gas, trasporti, settori speciali) **a quella dei settori ordinari**, dal momento che tali settori hanno sempre maggiore rilevanza e, non applicando il codice, questo penalizza l'intero mercato.

s) *Applicazione CCNL e clausole sociali (art. 1 comma 2 lett. g)*

Con riferimento ai principi e criteri direttivi enunciati alla lett. g) del comma 2 dell'art. 1 del DDL in esame, si rileva, in primo luogo, che l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, individuati in relazione all'oggetto dell'appalto, deve costituire un obbligo, come attualmente già previsto dal d. lgs. n. 50/2016.

Si propone, inoltre, di introdurre l'obbligo per le stazioni appaltanti di indicare espressamente nei bandi di gara il CCNL di settore da applicare, individuato in relazione all'oggetto dell'appalto, anche al fine di garantire, con riferimento agli appalti di lavori del settore edile, l'applicazione del D.M. n. 143/2021 in materia di verifica della congruità della manodopera impiegata nei lavori edili.

Per quanto riguarda le clausole finalizzate a *"promuovere meccanismi e strumenti anche di premialità per realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità"*, si rileva, in primo luogo, che nell'attuazione di questo principio sarà necessario prevedere che modalità e criteri applicativi siano differenziati per settore, tipologia e natura del contratto o del progetto, tenendo conto, in particolare, delle specificità di settori, quali quello delle costruzioni, nel quale si rileva una presenza minima di giovani, una partecipazione femminile non rilevante nei cantieri, nonché l'impossibilità, per evidenti ragioni, di inclusione lavorativa per le persone con disabilità nei cantieri stessi.

Si ritiene, tra l'altro, che la possibilità da parte delle stazioni appaltanti di introdurre, ai fini di cui sopra, clausole premiali (ossia requisiti premiali dell'offerta) debba essere

esclusa con riferimento agli appalti di lavori, stanti le caratteristiche esecutive delle prestazioni. Si tratta, infatti, di misure che potrebbero penalizzare le imprese che, in questi anni di crisi, hanno faticosamente mantenuto stabile il livello di personale impiegato, determinando un'alterazione della leale concorrenza tra le imprese.

Fermo restando quanto sopra, occorre comunque chiarire che l'applicazione delle suddette clausole, laddove prevista (e comunque, si ribadisce, non come requisiti premiali dell'offerta nell'ambito degli appalti di lavori), possa valere solo per le eventuali nuove assunzioni, da parte dell'impresa aggiudicataria, che si rendessero necessarie per lo svolgimento dei lavori e delle prestazioni oggetto dell'appalto. Ciò al fine di tenere conto degli assetti organizzativi già esistenti nelle imprese, come peraltro esplicitato dall'Anac in riferimento alle clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato (nei casi di cambio appalto).

t) Non assoggettamento a ribasso dei costi della manodopera e della sicurezza (art. 1 comma 2 lett. r)

Si esprime condivisione e apprezzamento per l'introduzione, disposta dal Senato in prima lettura, del principio secondo cui i costi della manodopera e della sicurezza sono sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso (lett. r del comma 2 dell'art. 1 del DDL in esame).

La previsione della non assoggettabilità a ribasso dei costi della manodopera, in analogia a quanto già previsto dal d. lgs. n. 50/2016 per i costi della sicurezza, era stata infatti richiesta da tempo dall'Ance e, più in generale, dalle Parti Sociali del settore edile, da ultimo nell'ambito dell'Accordo sulle istanze del settore delle costruzioni, parte integrante del rinnovo del CCNL sottoscritto il 3 marzo 2022 dalla stessa Ance, dalle Associazioni delle Cooperative e dalle OO.SS. Feneal-Uil, Filca-Cisl e Fillea-Cgil.

Roma, 12 aprile 2022