



“Schema di decreto legislativo recante Codice dei contratti pubblici”

Osservazioni in tema di appalti pubblici di servizi e forniture

Audizione Parlamentare

30 gennaio 2023



Sommario

1. PREMESSA E VALUTAZIONI GENERALI	2
2. PROFILI POSITIVI	4
3. PROFILI DI CRITICITÀ	6
4. ULTERIORI PROPOSTE	12

1. PREMESSA E VALUTAZIONI GENERALI

In un quadro globale così complesso per gli scenari futuri, con un aumento incontrollato dei costi dell'energia e delle materie prime e una sfida *green* sempre più impattante per il nostro sistema industriale, riteniamo che la strategia di *policy* contenuta nello schema di Codice dei contratti pubblici (di seguito CCP) debba essere basata su azioni efficaci, tempi certi di attuazione ed interventi incisivi per dare impulso agli investimenti, compresi quelli del PNRR.

Trovandosi all'interno del quadro delle riforme richieste dal Next Generation UE, l'attuale riforma del Codice deve creare le condizioni per una maggiore capacità di spesa delle risorse pubbliche, ma anche una capacità di investimento tale da traguardare la transizione tecnologica, digitale e sostenibile del Paese.

In premessa, vogliamo esprimere apprezzamento per una scelta di fondo: far precedere l'articolazione degli istituti del nuovo Codice da un quadro di principi che, tra l'altro, dovrebbero indirizzarne l'applicazione; inoltre, in quel contesto, restituire al Codice la funzione di strumento per acquisire, sul mercato, beni e prestazioni, superando "eterogenesi" dettate da finalità come il contrasto all'illegalità o ai fenomeni corruttivi, in sé del tutto condivisibili, ma che non possono trovare soluzione nelle norme sugli appalti.

Nel merito, riteniamo anzitutto opportuno evidenziare che gli appalti di servizi e forniture assumono, in questo contesto, un rilievo estremamente significativo nell'economia nazionale, sia in ragione del loro valore economico, sia in considerazione del rilievo strategico per il funzionamento dell'amministrazione pubblica e della sua attività di prestazione anche a favore delle imprese.

Considerando che la riforma è da intendersi finalizzata a restituire alle disposizioni codicistiche semplicità e chiarezza di linguaggio, si ritiene necessario intervenire in questa sede perché i contratti pubblici riferiti ai servizi e alle forniture abbiano una propria specificità e un proprio riferimento nell'ordinamento e nei criteri di semplificazione.

Il CCP, su alcuni principali istituti, è ancora orientato verso il mondo dei lavori.

In questa direzione, sarebbe utile iniziare almeno un lavoro di separazione applicativa tra settori totalmente diversi tra loro i cui riflessi normativi possono essere molto diversi e addirittura creare in alcuni casi dei veri e propri "problemi applicativi".

Sarebbe, quindi, necessario almeno sui principali istituti dell'appalto, inserire una normativa di dettaglio per i servizi e le forniture in modo tale da perimetrare gli interventi in maniera precisa e puntuale.

Per questo, una legislazione *ad hoc* per gli appalti di servizi, da integrare nel Codice degli appalti, appare disattesa ma rimane un'istanza altamente auspicabile e necessaria.

Ciò premesso, il testo appare strutturato in modo chiaro e leggibile. È evidente che l'obiettivo perseguito sia stato di adeguare la disciplina dei contratti pubblici a quella del diritto

europeo, ai principi espressi nel corso degli anni dalla giurisprudenza e soprattutto di ridare l'organicità e la sistematicità perdute a seguito delle continue modifiche introdotte.

È positivo che il nuovo Codice contenga molte norme “autoesecutive”, senza rinvii ad altri testi di legge: è un'impostazione molto positiva, che risponde a una delle osservazioni che avevamo fatto già in precedenza, chiedendo “disposizioni attuative immediate”.

L'abrogazione complessiva di 104 atti di secondo livello e l'integrazione negli allegati al testo del Codice di istruzioni operative (comprese le linee guida ANAC) vanno nella giusta direzione di semplificazione, chiarezza e completezza. Positiva anche la possibilità di modificare gli allegati tramite regolamento e non necessariamente tramite legge.

Solleva interesse la relazione agli articoli e agli allegati del Codice, un nuovo testo che punta a essere una sorta di libretto delle istruzioni a disposizione di tutti gli operatori, tramite una relazione con descrizione approfondita dei singoli articoli. La relazione, che dovrà inevitabilmente essere aggiornata in base alle future modifiche, dovrebbe svolgere una funzione di indirizzo attuativo in luogo delle linee guida ANAC.

Al contempo, sarebbe limitativo valutare l'efficacia del Codice solo sulla base della capacità dello stesso di accelerare le procedure per sbloccare gli investimenti pubblici: per rilanciare l'economia del nostro sistema-Paese, l'attenzione non può essere focalizzata esclusivamente sul “quanto compro”, ma anche e soprattutto sul “cosa compro”.

Il nuovo Codice dovrebbe mettere a punto un quadro di riferimento grazie al quale tutti gli attori economici siano messi nelle condizioni di sostenere la imprescindibile transizione digitale, tecnologica e sostenibile: sono questi i pilastri da cui dovrà necessariamente partire qualsiasi ragionamento e che dovranno guidare ed ispirare i principi e la disciplina del nuovo Codice dei contratti.

La transizione tecnologica e sostenibile impone acquisti ed investimenti oculati e lungimiranti e tarati sui fabbisogni di innovazione della PA.

La scelta del Codice di portare a regime le misure emergenziali introdotte negli ultimi anni in materia di affidamenti sottosoglia, che avevano l'obiettivo di imprimere un'accelerazione degli investimenti, al fine di garantire una rapida ripresa economica del Paese, non è pertanto condivisibile.

Tre sono i profili su cui occorre maggiormente puntare per garantire un'effettiva valorizzazione dell'elemento tecnologico ed innovativo dell'offerta e conseguentemente concorrere alla transizione digitale e sostenibile del Paese: la revisione dei prezzi, gli affidamenti sottosoglia ed i criteri di aggiudicazione, aspetti su cui torneremo nel seguito.

Infine, quattro profili di attenzione in merito al percorso di revisione e attuazione della riforma degli appalti pubblici:

- è necessario che le stazioni appaltanti e gli operatori economici possano disporre di un sistema di norme completo e di immediata attuazione. Nel momento in cui sarà varata la riforma, è auspicabile che tutti i provvedimenti che verranno inseriti nel nuovo Codice

Appalti siano attuati con effetto immediato o con scadenze brevi e inderogabili. Il principale difetto dell'attuale D.Lgs. 50/2016 è che i principi più rilevanti non sono mai stati attuati (basti pensare alla qualificazione delle Stazioni Appaltanti, alla digitalizzazione delle procedure telematiche o al modello di governance). Questo ha impedito di valutare nel concreto l'efficacia delle misure introdotte;

- è auspicabile che si preveda un periodo congruo di stabilità del quadro normativo degli appalti. Come già sottolineato in passato da Confindustria, dal 2016 a oggi, sono intervenute 28 leggi di modifica dell'attuale Codice appalti, che hanno "introdotto aggiustamenti, sospensioni, deroghe, deroghe alle deroghe". Tutto questo non fa che rallentare e rendere più complessa l'attività delle Stazioni Appaltanti e delle imprese e depotenziare la leva della domanda pubblica per il rilancio dell'economia italiana;
- la possibilità di spostare in avanti l'entrata in vigore del Codice, prevista per il 31.03.2023, sarebbe quanto mai opportuna. Si tratta di un profilo a nostro avviso particolarmente sensibile. Come la storia del Codice dei contratti dimostra, la stabilità del quadro normativo è un fattore indispensabile e lo è quindi, a maggior ragione, in vista dell'attuazione del PNRR. È noto a tutti l'inevitabile rallentamento del mercato degli appalti nei mesi immediatamente successivi all'emanazione di un nuovo testo di legge. Occorre evitare uno shock regolatorio, un'eccessiva discontinuità rispetto al PNRR, nel momento peraltro di sua massima attuazione, che rischierebbe di rallentare, se non addirittura bloccare l'esecuzione delle opere. Una *vacatio legis* di 12 mesi, opportunamente negoziata con le Istituzioni europee, consentirebbe a tutti gli operatori coinvolti di acquisire dimestichezza e conoscenza delle novità e rappresenterebbe una misura di buon senso nell'ottica della sollecita attuazione del Piano italiano. Attendiamo sviluppi nelle prossime interlocuzioni, segnalando però fin d'ora l'importanza del tema;
- disegnare e soprattutto attuare un vero modello di Governance del Codice Appalti che sia in grado di effettuare una costante ricognizione sullo stato di attuazione delle norme e sulle eventuali difficoltà che potranno riscontrare le stazioni appaltanti nella fase di applicazione, è essenziale anche al fine di proporre soluzioni correttive e di miglioramento. Ribadiamo ancora una volta che la Governance sarà in questo contesto ancora più determinante per monitorare cambiamenti così importanti come la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita degli appalti e la qualificazione delle stazioni appaltanti.

Di seguito si riportano le osservazioni puntuali all'articolato su alcuni temi ritenuti prioritari:

2. PROFILI POSITIVI

DIGITALIZZAZIONE

La spinta alla digitalizzazione appare l'elemento centrale del nuovo Codice e strumento indispensabile per arrivare a un'effettiva semplificazione delle procedure.

Confindustria ha sempre sostenuto che per spendere di più e spendere meglio fosse necessario disporre di organizzazioni pubbliche strutturate con personale competente - da attuare attraverso la Qualificazione delle Stazioni appaltanti - e digitalizzare l'intero processo degli appalti e della gestione contrattuale con tecnologie e sistemi efficienti in grado di gestire dati interoperabili e facilmente accessibili.

Un esempio concreto disciplinato dall'art. 24 è quello del Fascicolo virtuale dell'operatore economico (FVOE) che, attraverso un sistema di cooperazione applicativa tra ANAC e gli Enti Certificatori, permette l'acquisizione delle certificazioni comprovanti il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario e il riuso dei documenti presenti nel FVOE per la partecipazione a più procedure di affidamento.

Evidenziamo però che diverse stazioni appaltanti segnalano quanto l'innovazione risulti al momento un esercizio a metà, in assenza di interoperabilità e di disciplina antimafia.

QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI E DELLE CENTRALI DI COMMITTENZA (ART. 63)

È in questo ambito che si gioca una delle riforme più attese e tante volte richiamate da Confindustria, e cioè la qualificazione delle stazioni appaltanti.

Lo scopo del provvedimento, previsto peraltro dall'attuale D. Lgs. 50/2016 e mai attuato, è quello di arginare l'eccessiva frammentazione, nonché i deficit organizzativi e di professionalità che caratterizzano il panorama delle stazioni appaltanti. Come ricordato in precedenza, uno dei fondamenti della fiducia verso il sistema degli appalti, è la professionalità dei funzionari pubblici e la loro esperienza nella predisposizione ed esecuzione delle procedure di gara.

Non si tratta quindi di ridurre il numero di stazioni appaltanti per penalizzare le Amministrazioni che non saranno in grado di qualificarsi, ma di concentrare le attività in un numero adeguato di organizzazioni che siano in grado di disporre di personale preparato, di processi e procedure efficienti, di competenze tecniche e non solo amministrative e di tecnologie digitali a supporto dell'intero ciclo di vita degli appalti.

L'impressione però è che si proceda ad un progressivo "annacquamento" della riforma della qualificazione delle stazioni appaltanti.

La bozza del nuovo codice delinea infatti un sistema di qualificazione a maglie piuttosto larghe che tra le altre cose consente a diversi soggetti di essere qualificati di diritto. Occorrerebbe prevedere un sistema più selettivo

Rileviamo, in tal senso, una scarsa attenzione, sia nello schema del testo di legge che negli allegati, al tema della formazione dei funzionari e degli operatori tecnici delle stazioni appaltanti. Il tema è di assoluto rilievo e avrebbe meritato una programmazione più ampia e dettagliata, invece di riferimenti estremamente generici e privi di progettualità.

3. PROFILI DI CRITICITÀ

INCENTIVI ALLE FUNZIONI TECNICHE (ART. 45)

Non è condivisibile la scelta di reintrodurre l'incentivo a favore dei tecnici dipendenti delle stazioni appaltanti per la fase di progettazione. Compito principale della P.A. deve continuare ad essere di programmare e controllare, lasciando al mercato la redazione dei progetti. Questo anche e soprattutto alla luce delle innovazioni tecnologiche concernenti la digitalizzazione del processo di produzione dei progetti, sarebbe assolutamente anti-economico strutturare uffici tecnici da destinare a queste attività. Quindi la Pubblica Amministrazione deve essere formata e aggiornata per programmare e controllare l'iter di esecuzione dei lavori (e soprattutto per validare i progetti), lasciando al mercato lo svolgimento di servizi tecnici altamente specialistici e qualificati come i servizi di ingegneria e architettura che richiedono una rilevante multidisciplinarietà.

In termini generali, non si comprende poi per quali ragioni i pubblici dipendenti, che già sono remunerati per lo svolgimento delle loro attività di istituto, debbano anche essere incentivati. Si dovrebbe quindi valutare l'opzione primaria di eliminare in radice ogni forma di incentivazione e, semmai, tutelare i dipendenti pubblici attraverso forme di copertura assicurativa per i rischi professionali di tutte le attività in capo al RUP.

Inoltre, a fronte di una situazione di mercato che vede l'affidamento di tali servizi oggetto di ribassi che, nella media, si collocano al 40% dei corrispettivi a base d'asta, un'eventuale estensione dell'incentivo alla fase di progettazione comporterebbe una eccessiva onerosità per il bilancio statale senza garantire assolutamente la stessa qualità progettuale che il mercato sa offrire.

Un ritorno all'incentivazione della progettazione comporterebbe, infine, la riattivazione di pratiche poco trasparenti e al limite della legalità che troppo spesso si sono viste in passato e deprimerebbe la ripresa del mercato dell'ingegneria e architettura con nocumento incalcolabile soprattutto per i giovani professionisti e per i piccoli studi professionali.

Piuttosto, occorrerebbe eliminare l'incentivo del 2% per l'attività di direzione lavori spostando sul RUP e sul suo staff affinché possa essere valorizzata la funzione di gestione delle procedure in relazione al rispetto di tempi e costi. Ciò anche e soprattutto nell'ottica della messa a terra degli interventi del Pnrr, unitamente all'affidamento di supporti di project management per il controllo di tempi e costi degli interventi.

Altrettanto opportuno potrebbe essere valutare se ampliare la quota da destinare alle spese per la dotazione di software tecnici di interfaccia per la gestione delle progettazioni e dell'esecuzione dei lavori in BIM (oggi pari a 0,20% del fondo), stante la forte spinta alla digitalizzazione dei processi ribadita con lo schema del nuovo codice appalti.

PROCEDURE PER L’AFFIDAMENTO (art. 50)

L’innalzamento stabile delle soglie per l’affidamento diretto a 140.000 € per servizi e forniture è una modifica su cui non si può che esprimere un giudizio negativo, in quanto tali soglie vanno, in sostanza, a danneggiare soprattutto le piccole e medie imprese che possono partecipare più agevolmente proprio alle gare piccole.

Il principio dell’efficienza e del risultato lo si persegue riducendo il contenzioso, facilitando l’avvicendamento degli affidatari nelle varie fasi, approntando percorsi di validità di procedure con un solo concorrente, non abolendo in partenza la concorrenza.

Per i servizi e le forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria ed architettura, si ritiene opportuno ridurre la soglia dei 140.000 euro portandola a 80.000 euro, a maggiore tutela della trasparenza degli affidamenti.

Con riferimento ai lavori, occorrerebbe ridurre la soglia entro la quale si può ricorrere alla procedura negoziata senza bando nel “sottosoglia”.

CLAUSOLE SOCIALI E CRITERI DI SOSTENIBILITA’ (ART. 57)

Si osserva che le clausole sociali direttamente predisposte dalle stazioni appaltanti potrebbero non sempre risultare aderenti alle esigenze specifiche del settore di volta in volta interessato, data la specificità di ogni singolo settore.

Pertanto, si propone di inserire, all’art. 57, la possibilità di rinviare, quanto alle clausole sociali, a quelle eventualmente previste dai contratti collettivi di cui si chiede, anche ad altri fine, l’applicazione.

Solo nel caso in cui nel CCNL applicato non fosse prevista una specifica disciplina in tema di clausole sociali, allora si potrebbe sopperire a tale mancanza con le clausole sociali predisposte dalle stazioni appaltanti che, comunque, dovrebbero essere stipulate “ah hoc”, evitando formule generiche, nel rispetto della natura del contratto e della specificità dei settori coinvolti.

REVISIONE PREZZI (art. 60)

L’introduzione delle clausole di revisione dei prezzi deve mirare a rendere effettivo il principio dell’equilibrio contrattuale.

Sul punto, lo schema di decreto compie un notevole passo in avanti, superando – da un lato – l’incertezza circa l’inserimento di clausole revisionali all’interno dei contratti attraverso la previsione di un obbligo generalizzato di revisione prezzi in tutti i settori (lavori, forniture e servizi) e – dall’altro – introducendo tra i principi generali che precedono il codice quello della “conservazione dell’equilibrio contrattuale”.

Di seguito i profili di criticità su cui è necessario focalizzare l’attenzione:

a) Il primo aspetto critico è l'individuazione di una soglia di rilevanza del (5%) che si ritiene eccessivamente alta per tutti i tipi di contratti pubblici, cioè lavori, servizi e forniture.

Ciò premesso, in concreto, pur accettando il principio di un'alea normale di rischio, riteniamo necessario che vengano individuate soglie idonee per accedere alla revisione dei prezzi tenendo conto delle specifiche esigenze di tutti i settori, soprattutto di quei contratti di lunga durata e indicizzati a valori dell'ISTAT o dell'ANAC, che variano ma in maniera non così significativa.

Si osserva, infatti, che, nella modalità ordinaria alla quale eravamo abituati, gli indici ISTAT - come, ad esempio, il FOI - si modificano ma con percentuali del 1%, del 2% e, solo in casi straordinari, come quelli verificatisi a cavallo tra 2021 e 2022, gli indici fanno registrare aumenti più significativi;

b) Con riguardo invece al quantum riconosciuto nel caso di variazioni di prezzo riteniamo che debba essere eliminato per i contratti pubblici di servizi e forniture la limitazione (all'80%) attualmente presente nella disposizione. Sul punto lo schema di decreto recepisce quanto previsto attualmente dai decreti emergenziali in tema di compensazione senza tuttavia considerare che questi ultimi sono finalizzati a disciplinare una situazione straordinaria, caratterizzata da aumenti incontrollati, mentre l'istituto della revisione dovrà operare in circostanze – si auspica – ordinarie caratterizzate da aumenti (o diminuzioni) ben più contenuti. Conseguentemente, se alla (condivisa, per quanto da differenziare) soglia di sbarramento si aggiunge anche un limite al quantum riconosciuto di fatto l'impatto dei meccanismi revisionali per i contratti pubblici di servizi e forniture rischia di essere pressoché nullo. Non solo, sempre con riguardo al quantum, va peraltro considerato che mentre i meccanismi compensativi di natura emergenziali si riferivano alla variazione del prezzo dei singoli materiali (soggetta per sua natura ad un'oscillazione più ampia), al contrario il riferimento ad indici di lavorazioni e prestazioni (che sono di fatto una media di diverse voci di costo) andrà a determinare una variazione molto più contenuta che, se combinata ai meccanismi di cui sopra (alea e quantum), rischia di rendere nulli gli effetti del meccanismo revisionale. L'altro aspetto che desta preoccupazione riguarda il riferimento agli "indici sintetici (..) approvati dall'ISTAT con proprio provvedimento entro il 30 settembre di ciascun anno", che dovranno essere utilizzati per la rilevazione delle variazioni di prezzo.

Ciò che si teme, tra l'altro, è quanto evidenziato nella relazione illustrativa, ossia che l'ISTAT – sebbene garantisca adeguata terzietà ed imparzialità, oltre che autorevolezza, nelle rilevazioni – non sia attualmente in possesso dei dati necessari a garantire una mappatura efficace in tutti i settori, ivi compresi quelli di servizi e forniture.

Per questi ultimi, il rischio concreto è di una disapplicazione, nei fatti, della nuova disciplina;

c) Sempre con riguardo all'applicazione pratica della disciplina della revisione prezzi andrebbe altresì chiarita la data da cui far decorrere il calcolo della revisione che dovrebbe

essere quantomeno quella del termine ultimo per la presentazione delle offerte (previsto dal bando) e non quella della sottoscrizione del contratto.

Sul punto non c'è un univoco orientamento giurisprudenziale tuttavia – nonostante la revisione dei prezzi sia finalizzata a ristabilire il sinallagma contrattuale – non può non considerarsi che sovente l'arco temporale che intercorre tra la presentazione dell'offerta e la sottoscrizione del contratto è piuttosto dilatato e dunque sarebbe corretto calcolare eventuali variazioni di prezzo in relazione al momento di presentazione dell'offerta.

d) si evidenzia, infine, che dalla lettura degli art. 60 e 120 emerge che una vera e propria tutela può dirsi efficace soltanto in riferimento ai servizi oggetto delle nuove procedure di affidamento, per le quali è normativamente previsto un obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere apposite clausole di revisione atte a consentire un congruo adeguamento dei prezzi, affinché gli stessi risultino ancorati a specifici indici di variazione.

Resta quindi il vulnus, per quanto riguarda i servizi, relativamente alle procedure in corso di svolgimento ove non è previsto alcun obbligo di revisione. Ciò lede la sostenibilità dei contratti di servizi in essere e, ancor di più quelli di servizi relativi alle utilities che presentano durata pluriennale.

Sarebbe dunque opportuno che la previsione dell'obbligo di revisione dei prezzi ex art. 60 fosse estesa anche ai contratti in essere di servizi e forniture, così come alle procedure avviate e non ancora concluse.

CAUSE DI ESCLUSIONE (artt. 94- 95)

Lo schema disciplina le ipotesi di esclusione dell'operatore economico in presenza, tra le altre, di violazioni fiscali definitivamente accertate e non definitive. Al riguardo, osserviamo che le disposizioni contenute negli articoli 94 e 95 dello schema del decreto, nonché nel relativo allegato II.10, riproducano, sostanzialmente, l'impianto del previgente Codice degli appalti (combinato disposto dell'art. 80, comma 4 DLGS n. 50/2016 e del DM 28 settembre 2022 relativo alle violazioni fiscali non definitive).

Tale scelta, se da un lato consentirà alle imprese una più facile transizione al "nuovo" Codice degli appalti – anche considerati gli stringenti tempi di entrata in vigore della disciplina - , dall'altro rappresenta, però, un'occasione perduta per superare le criticità preesistenti ed allineare la disciplina italiana in materia di appalti alle disposizioni contenute nelle direttive europee (Direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE).

In primo luogo, infatti, si conferma il riferimento alla soglia di gravità per le violazioni definitivamente accertate di 5 mila euro (ex art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del DPR n. 602/1973), un importo significativamente basso che pone forti dubbi sul rispetto del principio di proporzionalità. Ricordiamo che la Direttiva 2014/23/UE, riconosce ai singoli Stati membri la facoltà di prevedere una deroga all'esclusione obbligatoria nei casi in cui la stessa

sarebbe chiaramente sproporzionata, in particolare nei casi in cui le violazioni riguardino ridotti importi di imposte e contributi previdenziali.

Si poteva seguire la soluzione adottata con riguardo alle violazioni non definitive, dove il legislatore ha più correttamente individuato tale soglia di gravità come percentuale del valore dell'appalto (10%) al fine di valorizzare la ratio della norma di tutelare i soggetti che presentano profili di affidabilità e di solvibilità finanziaria adeguati alla corretta esecuzione dei lavori.

Diversamente, con riferimento alla citata disciplina delle violazioni non definitive (art. 95, comma 2) sarebbe opportuno modificare la locuzione “la stazione appaltante esclude”, che non risulta conferente con la disciplina delle cause di esclusione “facoltativa”: spetta, infatti, alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, secondo un giudizio di proporzionalità, anche in presenza di superamento della predetta soglia, la decisione sulla esclusione dalle gare di appalto dell'operatore economico.

Infine, il legislatore ha omesso di recepire la seconda parte dell'art. 57, paragrafo 3, della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui l'esclusione da una procedura di appalto può essere evitata qualora l'operatore economico non abbia potuto provvedere a regolarizzare la sua posizione fiscale (pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare) prima della presentazione della domanda di partecipazione poiché ha avuto conoscenza della sua posizione solo in un momento successivo.

Per tali ragioni, proponiamo di prevedere - sia per le violazioni definitive, che per quelle non definitive - l'esonero dalla disciplina di esclusione nell'ipotesi in cui l'operatore fornisca la prova che le misure da lui adottate siano sufficienti a dimostrare la sua affidabilità ai sensi dell'art. 96, comma 6 (c.d. clausola self-cleaning).

Rimanendo in tema di clausole di esclusione non automatiche, lo schema di decreto contempla anche l'ipotesi in cui l'operatore economico abbia commesso un illecito professionale grave, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. Al riguardo, si prevede che, ai fini della rilevanza dell'illecito professionale, possa essere sufficiente anche la sua mera contestazione e, tra le fattispecie considerate, figurano anche tutti i reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti, ex D. lgs. n. 231/2001.

Al riguardo e aldilà del rinvio ampio e generico a tutti i reati 231, si segnala anzitutto che la Direttiva UE prevede, ai fini dell'esclusione, che l'operatore economico si sia reso colpevole di un illecito professionale. Pertanto, contemplare la possibile esclusione anche in presenza della mera contestazione del reato, configura un'estensione della disciplina rispetto al perimetro tracciato dall'atto europeo, oltre a sollevare qualche dubbio in ordine al rispetto del principio generale di non colpevolezza.

In ogni caso, anche a voler considerare un'anticipazione della soglia di rilevanza al momento della contestazione dell'illecito, appare quantomeno necessario intervenire sui mezzi di

prova indicati nello schema come rilevanti e adeguati e dai quali la stazione appaltante può far discendere il giudizio di gravità. In particolare, appare opportuno escludere dal relativo elenco, gli atti che siano espressione della determinazione unilaterale del pubblico ministero, ovvero quelli attraverso i quali il PM esercita l'azione penale. Appare, infatti, fondamentale che, in considerazione della potenziale esclusione dell'operatore dalla gara e nel rispetto dei generali principi di proporzionalità e ragionevolezza, un effetto così penalizzante consegua a un atto assunto da un giudice terzo.

Inoltre, si rileva che, al fine di garantire il rispetto del generale principio di certezza del diritto, sarebbe opportuno limitare la rilevanza a titolo di illecito professionale soltanto a fattispecie determinate, superando il rinvio, previsto nello schema, alla clausola di chiusura secondo cui assumono rilievo anche le "condotte diverse da quelle espressamente previste, la cui gravità incida in modo evidente sull'affidabilità ed integrità dell'operatore", così mantenendo la figura "aperta".

Infine, al fine di garantire una complessiva proporzionalità e coerenza dell'apparato sanzionatorio complessivo previsto, si ritiene che il triennio di rilevanza temporale dell'illecito dovrebbe decorrere dalla commissione del fatto con riferimento a tutte le fattispecie rilevanti.

CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI (art. 108)

Merita uno specifico approfondimento l'articolo 108 che introduce alcune modifiche rilevanti che possono aprire, nell'ottica del risparmio della spesa pubblica - come previsto nei principi cardini di questo nuovo Codice - una continua corsa al ribasso come elemento strutturale degli acquisti: il venire meno del tetto massimo per l'attribuzione del punteggio economico entro il limite fissato del 30% rischia di aprire ad aggiudicazioni basate esclusivamente sulla componente del prezzo perché il dinamismo e la discrezionalità che la relazione tecnica all'articolo evidenzia, risulta applicabile in linea astratta ma nel concreto si andrà verso una notevole riduzione dell'elemento qualitativo.

Il riferimento del 30% infatti era stato inserito proprio per calmierare il verificarsi di questa situazione di sproporzionalità tra ribasso e qualità, ma nonostante il limite abbiamo sempre assistito a formule che valorizzavano i ribassi piuttosto che la qualità.

Pertanto, ravvisiamo che sia più opportuno mantenere un bilanciamento fisso tra qualità/prezzo, passando dal 70%-30% all'80%-20% a garanzia della valorizzazione degli elementi qualitativi dell'offerta.

OFFERTE ANOMALE (art. 110)

Sarebbe auspicabile prevedere che i maggiori costi della sostenibilità ambientale siano inderogabili in sede di offerta, alla stregua dei minimi salariali e dei costi per la sicurezza dei lavoratori. Infatti, l'articolo 110 rubricato come "offerte anormalmente basse" prevede

l'assenza di giustificazione per i minimi salariali e per gli oneri sulla sicurezza, in questo modo esclude queste due voci dai ribassi che l'azienda farà per aggiudicarsi la gara.

Dal momento che le aziende sono tenute ad investire in sostenibilità ambientale e che l'applicazione dei CAM dovrà essere valorizzata economicamente nella gara, sarebbe opportuno far rientrare i costi della sostenibilità ambientale nell'articolo 110, comma 4, come una vce inderogabile al pari dell'applicazione del contratto e della sicurezza sul lavoro.

4. ULTERIORI PROPOSTE

AFFIDAMENTO SERVIZI TECNICI

Nello schema del codice non sono previste, neanche nell'ambito degli allegati, disposizioni che siano in grado di guidare le stazioni appaltanti nelle procedure di affidamento di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria. Si tratta di un grave vulnus, frutto probabilmente di una scarsa attenzione a questa disciplina da parte di chi ha predisposto la bozza del nuovo codice che però potrebbe innescare un serio rischio di blocco delle gare e, ovviamente, "della firma". Un rischio gravissimo da non correre assolutamente e che si sovrapporrebbe a quello – naturale e inevitabile - derivante dall'impatto dell'entrata in vigore del nuovo codice appalti. Va considerato che le regole per gli affidamenti di appalti di servizi di ingegneria e architettura, presenti nel nostro ordinamento dal primo regolamento dell'allora vigente Legge Merloni (Dpr 554/99), successivamente riprodotte nel Dpr 207/2010, dopo l'approvazione del d. lgs. 50/2016 erano state trasfuse, con gli opportuni adattamenti nella prima delle linee guida emanate dall'Anac. Tali linee guida (n. 1/2016) coprono un evidente vuoto normativo (derivato dall'abrogazione del dpr 207/2010) fornendo indicazioni che, seppure non vincolanti, sono state seguite da tutte le amministrazioni in questi ultimi 7 anni, anche da alcune dei settori speciali che avrebbero potuto anche procedere secondo regole proprie. Le suddette linee guida, aggiornate peraltro nel 2019, hanno poi originato il bando-tipo n. 3 dell'Anac, un disciplinare di gara particolarmente utile, applicato regolarmente dalle stazioni appaltanti, che ha fornito un valido contributo anche in termini di deflazione del contenzioso.

Dal momento che – come accennato - nel corpus dello schema e nei diversi allegati non si rinviene alcuna disposizione utile per la gestione delle migliaia di procedure di affidamento di appalti di servizi di ingegneria e architettura (nel 2022, secondo i dati dell'Osservatorio Oice/informatel si è trattato di oltre 5500 procedure per oltre 4,4 miliardi di euro), appare necessario sanare questo palese ed evidente vuoto normativo attraverso la norma proposta che consentirà di recepire in un nuovo allegato (denominato II.1-bis) le indicazioni delle linee guida 1/2016 che trattano profili di particolare rilievo sui requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di ammissione alle gare, sulla comprova degli stessi, sui contenuti delle offerte, sulla loro valutazione, oltre che sulle modalità specifiche di applicazione

dell'OEPV in queste procedure. Le linee guida Anac, previste inizialmente per gli affidamenti oltre 100.000, verrebbero ad applicarsi per tutti gli affidamenti oltre i 140.000 euro, di rilievo nazionale o comunitario (oltre 215.000 euro).

REGOLE PER IL CALCOLO DELL'IMPORTO STIMATO DELL'APPALTO PER SERVIZI TECNICI

Nello schema di decreto non si rinviene in nessun punto dell'articolato il richiamo all'applicazione del decreto ministeriale che oggi costituisce l'unico termine di riferimento per il calcolo dell'importo a base di gara di progettazioni, direzioni dei lavori e altre attività tecniche. E' opportuno, se non necessario, assicurare che la definizione dei compensi presunti delle attività da mettere in gara si basi su regole chiare e omogenee su tutto il territorio nazionale, come avvenuto fino ad oggi, pertanto si propone di richiamare direttamente il d.m. cosiddetto "parametri" (Min. Giustizia e Infrastrutture), vincolando le stazioni appaltanti ad applicarlo. In altra parte del codice è opportuno che si diano indicazioni (ancorché transitorie) per l'aggiornamento del decreto e per l'applicazione medio tempore a due livelli di progettazione e non più ai tre oggi vigenti.

REVISIONE E ADEGUAMENTO "DECRETO PARAMETRI" PER LE ATTIVITÀ TECNICHE; UNITARIETÀ DELLA PROGETTAZIONE

Occorre ripristinare la norma prevista oggi dal codice del 2016 che delega il Ministero della giustizia di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, a definire le tabelle dei corrispettivi non solo della progettazione ma di tutte le altre attività tecniche, comprese quelle legate ai supporti al Rup, nell'accezione più ampia, proposta con la modifica all'articolo 15 (project management). Occorre anche prevedere un aggiornamento periodico del decreto e la definizione di opportune forme di vigilanza sulla sua applicazione, considerato che le stazioni appaltanti applicano in maniera molto disomogenea l'attuale "d.m. parametri".

SUPPORTI DI PROJECT MANAGEMENT PER OPERE OLTRE 20 MILIONI

Si ritiene opportuno promuovere l'utilizzo da parte dei RUP di incarichi di supporto aventi ad oggetto attività come quelle riconducibili alla nozione di project management, essenziali per il ferreo controllo di tempi e costi e per assicurare la massima efficacia della spesa pubblica.

Si stima infatti che l'utilizzo nel campo privato di tali supporti garantisca una riduzione degli extra costi di un appalto nell'ordine del 25/30 per cento. Si prevede in particolare un obbligo in tale senso per interventi di importo superiore alla soglia dei 20 milioni di euro. Con questa modalità il RUP potrà avere al suo fianco un soggetto in grado di fornire competenze che lo possano aiutare nei compiti soprattutto di gestione delle commesse. Si tratta di "importare"

standard del mercato internazionale e del mercato privato, per raggiungere la maggiore efficienza del processo a supporto della PA, necessitata dalla sempre maggiore complessità degli interventi, anche connessi all'attuazione del PNRR.

CESSIONE DEI CREDITI VANTATI VERSO LA PA

La nuova riforma del Codice Appalti, anche in ottica di PNRR, non dovrebbe perdere l'occasione di rivedere le disposizioni sulla cessione dei crediti vantati verso la Pubblica Amministrazione con una logica di semplificazione per facilitare l'accesso al credito per le imprese. Questa semplificazione, più facile grazie anche all'ormai diffuso obbligo della fatturazione elettronica, si traduce prioritariamente in:

superamento delle rigidità e delle formalità burocratiche, consentendo la stipula mediante scrittura privata e comunicazione mediante piattaforma crediti commerciali (PCC) per tutte le cessioni di crediti verso PA;

superamento del privilegio della PA di rifiuto della cessione. Per il debitore ceduto dovrebbe essere indifferente il soggetto a cui pagare la propria obbligazione, posto che al cessionario possono essere opposte tutte le eccezioni opponibili al cedente in base al contratto;

limitazione o abolizione del ricorso alle clausole di incedibilità dei crediti commerciali, che impediscono alle imprese di smobilizzare i propri crediti.

Non risulta pertanto applicata alle cessioni dei crediti nessuna delle parole chiave (digitalizzazione, semplificazione, accelerazione) che guidano la riforma, lasciando in vigore previsioni normative anacronistiche (art. 106) sia sotto il profilo delle formalità richieste, facilmente sostituibili dal ricorso a strumenti digitali e tecnologici più economiche, semplici, veloci e trasparenti, che sotto il profilo della sperequazione delle tutele a favore del debitore pubblico a scapito della tutela dell'impresa fornitrice.

Il superamento delle rigidità e dei vincoli che ancora permangono nella normativa nazionale è auspicato anche dalla Commissione Europea che, nella recente consultazione pubblica sulla revisione della normativa UE inerente ai ritardi di pagamento, ha richiamato fra le clausole "inique" le clausole che vietano o ostacolano la cessione di crediti, e del Parlamento Europeo che ne ha stigmatizzato il ricorso spesso finalizzato ad aggirare gli obblighi della direttiva, in particolare da parte della Pubblica Amministrazione. In questa prospettiva, preme fra l'altro ricordare che il privilegio della PA del rifiuto della cessione sopravvive ormai solo in Italia e non negli ordinamenti giuridici dei principali paesi europei (es. Francia, Germania, Paesi Bassi, Regno Unito, Spagna) e non è più giustificato dal contesto economico, molto diverso dal contesto storico e normativo in cui tali disposizioni sono state emanate.

OFFERTE CONTENENTI PRODOTTI ORIGINARI DI PAESI TERZI

Si era profondamente apprezzato l'inserimento all'interno della Legge delega per la revisione della normativa dei contratti pubblici (articolo 1, comma 2, lettera i)) il principio per il quale debba essere promosso il ricorso da parte delle stazioni appaltanti a forniture in cui la parte di prodotti originari di Paesi terzi che compongono l'offerta non debba essere maggioritaria rispetto al valore totale dei prodotti. La stessa lettera della Legge delega prevede che siano previste, in caso di forniture provenienti da Paesi non appartenenti all'UE, misure atte a garantire il rispetto dei criteri ambientali minimi e dei diritti dei lavoratori, in modo da garantire una leale concorrenza in uno scenario in cui purtroppo, come noto, alcuni Paesi permettono di operare a diverse condizioni di mercato rispetto alle imprese italiane ed europee.

Non si condivide pertanto che nello schema del Codice dei contratti pubblici l'articolo regolante le offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi (articolo 170) sia identico a quello che li regolava nel Codice ad oggi in vigore (articolo 137). Nel caso in cui tale disposizione sia riconfermata nel Nuovo Codice, si andrebbe non solo a rendere vana l'indicazione provenuta dal Parlamento in sede di conferimento della delega al Governo, ma si perderebbe anche un'occasione storica per tutelare le imprese italiane ed europee contro la concorrenza sleale dei Paesi terzi.

La formula dell'attuale Codice, infatti, prevede che sia sufficiente un'autodichiarazione da parte della stazione appaltante per il superamento di tale vincolo, una norma che si è rivelata nei fatti del tutto inefficace. Nel mentre, l'indicazione presente nelle linee guida della Commissione europea relativa alle offerte di prodotti originari di Paesi terzi (G.U. dell'Unione Europea C271 del 13 agosto 2019) raccomanda in ogni occasione possibile l'attento controllo delle offerte/forniture con aggiudicazioni che privilegino prodotti e servizi "Made in" rispetto a quelli provenienti da Paesi terzi, con la raccomandazione di limitare l'importo totale offerto di questi ultimi al 50%.

Rendere esplicita una clausola di salvaguardia o una sanzione per la Stazione appaltante migliorerebbe in modo deciso la qualità delle infrastrutture realizzate, gestite e mantenute e innescando un circolo virtuoso nell'economia italiana.

PUBBLICAZIONE DEI BANDI SULLA STAMPA QUOTIDIANA

Nello schema di decreto non è previsto l'utilizzo della stampa quotidiana per assicurare i principi di legalità, trasparenza e concorrenza che pure il Codice intende perseguire. L'articolo 73 del vigente Codice dei contratti pubblici, invece, riconosce alla stampa quotidiana l'importante funzione "di garantire la certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e conoscibilità" dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

Il nuovo Codice nello sforzo di conseguire l'obiettivo di affidamenti ed esecuzione dei contratti pubblici con la massima tempestività e con il migliore rapporto tra qualità e prezzo e pur riconoscendo il principio della trasparenza dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, cancella quegli istituti – come la pubblicazione dei bandi di appalto sulla stampa quotidiana – volti a garantire concretamente trasparenza e conoscibilità all'azione amministrativa.

Riteniamo infatti che la pubblicazione dei dati, delle informazioni e degli atti relativi ai contratti pubblici esclusivamente sui siti istituzionali delle stazioni appaltanti, secondo quanto stabilito dal Decreto legislativo n.33/2013, sia insufficiente ed inadeguato ad assicurare la trasparenza in quanto: a) il livello di utilizzo della rete risulta tuttora insufficiente in ampie fasce della popolazione (soprattutto anziana) e in consistenti aree geografiche; b) la dispersione degli obblighi in capo ad un numero assai consistente di enti pubblici (stazioni appaltanti) rende nei fatti impossibile ai cittadini l'accesso alla totalità delle attività della pubblica amministrazione in quanto le informazioni risultano disseminate in una molteplicità di siti; c) l'onere dell'accesso all'informazione risulta interamente a carico del cittadino che deve attivarsi per cercare l'informazione sui diversi e numerosi siti senza che sia attivato un flusso informativo che veda il cittadino quale destinatario.

La scelta condivisibile di privilegiare la semplificazione delle procedure che emerge dal nuovo Codice dei contratti pubblici deve – a nostro avviso – essere accompagnata non da una riduzione della “copertura informativa” bensì da uno sforzo maggiore nell'assicurare ai cittadini l'accesso alle informazioni e ai dati dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione tale da garantire la necessaria trasparenza e costituire anche un efficace deterrente a fenomeni corruttivi purtroppo assai diffusi.

Appare, inoltre, paradossale che nel testo del Codice non solo non si prevede l'utilizzo dei giornali per assicurare la necessaria e pur auspicata “copertura informativa”, ma, sembrerebbe, si arrivi a prevedere – al comma 5 dell'articolo 85 - espressamente che “la pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari e aggiuntive rispetto a quelle indicate nel codice” possa avvenire “esclusivamente in via digitale sul sito istituzionale della stazione appaltante”.

I giornali quotidiani, in virtù della loro riconosciuta attendibilità e autorevolezza sono in grado, invece, di svolgere una fondamentale funzione di diffusione delle informazioni e dei dati dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

Ciò premesso, si segnala in ogni caso la necessità che sia escluso l'addebito degli oneri di pubblicità sull'aggiudicatario della gara come previsto, dall'art. 5, co. 2, del DM 2 dicembre 2016.

VERIFICA DI CONFORMITÀ TECNICA, AMMINISTRATIVA ED ECONOMICO-FINANZIARIA E CONTRATTUALE DELLA PROPOSTA DI PPP

Si ritiene che uno strumento fondamentale per il monitoraggio dei rischi sia quello di prevedere, in caso di forme di Partenariato Pubblico Privato, l'adozione di un processo di verifica che integri i contenuti tecnici già previsti per la verifica preventiva della progettazione (ex art. 26 D.Lgs. 50/2016) con controlli specifici riferiti al Piano Economico-Finanziario (PEF) e alla Contrattualistica, intesa come strumento prima per l'allocazione dei rischi e poi per la loro gestione.

In tale scenario, gli Organismi di Ispezione di Tipo A accreditati ai sensi della norma UNI CEI EN ISO/IEC 17020 garantiscono la propria indipendenza rispetto a tutti gli attori del processo, ciascuno portatore di propri specifici interessi.

Tali soggetti costituiscono un organo tecnico altamente specializzato, organizzato e multidisciplinare che, sin dalle primissime fasi di definizione del quadro esigenziale dell'intervento, consentendo alle Stazioni Appaltanti e ai soggetti Proponenti di accompagnare in modo imparziale e terzo l'intero processo realizzativo sino al monitoraggio in corso di realizzazione e gestione dell'opera. Tale soggetto dovrà essere incaricato dal Proponente attraverso una procedura di gara trasparente che ne valuti l'esperienza, la capacità tecnica e l'organizzazione multidisciplinare, in quanto dovrà prendere in considerazione aspetti ambientali, sociali, tecnici, economico-finanziari, di rispetto normativo, contrattuali e quant'altro necessario per potere supportare efficacemente l'Ente interessato nella definizione di pubblico interesse, rilasciando in tal senso una Attestazione di conformità della Proposta di Partenariato Pubblico-Privato. Tale attività verrebbe sicuramente apprezzata anche da Investitori, Enti Finanziatori e Assicuratori, e potrebbe essere fatta valere anche in termini di garanzia riguardo al corretto utilizzo e rispetto delle condizioni poste per l'ottenimento dei fondi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). La proposta mira a velocizzare il processo di valutazione e approvazione delle proposte di PPP, attraverso l'introduzione di una figura terza ed esperta che, assumendo il ruolo di garante, possa contribuire con competenza, imparzialità e trasparenza al miglioramento della qualità delle opere valorizzando il lavoro di Proponenti, Committenti, Progettisti e Imprese creando altresì un clima positivo di fiducia e di collaborazione fra le parti.

IN MATERIA DI VERIFICA DELLA PROGETTAZIONE (All. I.7)

In merito agli strumenti di verifica preventiva della progettazione, considerata la rilevanza del processo di controllo che assume ancor più rilievo con la reintroduzione dell'appalto integrato, si ritiene necessario sostituire il generico riferimento ad un "sistema interno di controllo della qualità" di cui all'art. 34, All. I.7, con lo standard di riferimento, UNI EN ISO 9001, che i soggetti incaricati dell'attività di verifica della progettazione debbono utilizzare



per il sistema interno di gestione della qualità. Standard che, per garantire la massima trasparenza e competenza, deve essere sottoposto a valutazione di conformità da parte di soggetti terzi indipendenti in possesso di accreditamento.