

# **SENATO DELLA REPUBBLICA**

## **8<sup>a</sup> COMMISSIONE LAVORI PUBBLICI, COMUNICAZIONI**



**Audizione nell'ambito dell'indagine conoscitiva  
sull'applicazione del Codice dei Contratti Pubblici  
(Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n.50)**

**LE PROPOSTE DI MODIFICA  
DELL'ALLEANZA DELLE COOPERATIVE ITALIANE**

**Roma, 13 febbraio 2019**

## Articolo 36

### **Appalti sottosoglia**

#### *Principio di rotazione*

Il bacino dei contratti sotto-soglia è particolarmente rilevante sia per quantità di gare bandite sia per rilevanza delle stesse, in particolare in alcuni settori (ad esempio nei servizi sociali per cui la soglia è pari a 750.000 euro).

La disciplina sconta un altolivello di difficoltà applicativa a causa dell'incertezza normativa sul principio di rotazione, non previsto dalle direttive europee. Il principio di rotazione, come definito a seguito del cosiddetto decreto "correttivo" e che di fatto ha tramutato in un automatismo produce una serie di problemi, sia alle stazioni appaltanti, sia agli esecutori.

È necessario, quindi, fare chiarezza sul fatto che il principio di rotazione non si applichi a tutti gli appalti sotto-soglia e in particolare laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato. Si propone che sia sufficiente la motivazione per il reinvio sia del precedente affidatario, sia dell'invitato non aggiudicatario, come di fatto previsto nella prima formulazione del Codice del 2016.

In alternativa, si potrebbe prevedere che a seguito di affidamento diretto, a prescindere da parametri soglia, successivamente, insorga l'obbligo per la stazione appaltante di prevedere il confronto competitivo che potrà coinvolgere l'uscente e altri operatori economici iscritti nell'elenco/albo.

Inoltre, per quanto riguarda i servizi sociali, anche affidati in concessione, si ritiene che la rotazione non debba applicarsi in considerazione del 1) connotato sociale della prestazione, 2) della sua incompatibilità con il principio di rotazione tipico delle prestazioni standardizzate o comunque fungibili, 3) del principio del *gold plating* rispetto alla norma europea che, per i servizi di contenuto sociale sottosoglia, non pone limiti per l'affidamento.

Il decreto legislativo correttivo n. 57/2017 ha aggiunto due previsioni alla disciplina degli affidamenti di servizi sociali (art. 142) sul suddetto aspetto, ovvero:

1. al comma 5-ter. Si prevede che "L'affidamento dei servizi di cui al comma 5-bis deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti".
2. il successivo 5-octies stabilisce che "Gli appalti di servizi di cui al comma 5-bis, di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 1, lettera d), sono affidati nel rispetto di quanto previsto all'articolo 36".

Se da una parte il correttivo chiarisce che sotto soglia ai servizi sociali si applicano le previsioni dell'art. 63, dall'altra il legislatore, inserendo pedissequamente la previsione dell'art. 76 della direttiva UE 24/2014, introduce espressamente i principi di **qualità e continuità**. Non pare irragionevole coordinare il principio di rotazione a questi altri principi che si riverberano sugli utenti dei servizi sociali.

Sulla base delle suddette argomentazioni giuridiche si propone pertanto che i servizi sociali siano esclusi dal principio di rotazione.

In conclusione, per capire bene le forti implicazioni negative determinate da una applicazione integrale del principio di rotazione, basta evidenziare che:

1. il monito a non invitare o a non affidare ad un soggetto economico, sulla base di un precedente rapporto contrattuale, appare discriminatorio e, soprattutto, falsa le regole del mercato
2. escludere dalla possibilità di partecipare ad una procedura negoziata o ad un affidamento pubblico il precedente affidatario è controproducente per la stazione appaltante, che potrebbe vedersi privata della possibilità di ricorrere alle prestazioni di un operatore economico che si è comportato in modo corretto ed efficiente;
3. l'operatore economico, in considerazione della alta probabilità di riconferma, avrà minori incentivi a un comportamento corretto, con la conseguenza che sarà indotto a formulare offerte molto competitive, ai limiti dell'azzardo.

Le motivazioni sopra evidenziate, hanno ugualmente fondamento in relazione ai percorsi di inserimento lavorativo di persone disabili e svantaggiate di cui alle convenzioni ex articolo 5 della legge 381 del 1991, dove il lavoro di accompagnamento deve avere carattere di continuità sia per un efficace percorso di addestramento, sia per possibili ripercussioni negative sulla stessa continuità lavorativa delle persone svantaggiate e disabili. Non sembra congruo né coerente, sotto questo profilo, l'operatività della sola clausola sociale di riassorbimento occupazionale che, pur permettendo la continuità lavorativa, rischia di sradicare il lavoratore svantaggiato dal contesto aziendale e professionale in cui opera.

La medesima attenzione riservata all'istituto della rotazione, merita l'abusato meccanismo del sorteggio, a cui si dovrebbe ricorrere nel minor numero di casi possibili, in quanto con essi vi è il forte rischio di svilire la qualificazione e l'affidabilità maturate nel tempo dagli esecutori, impedendo loro di porre in essere una qualsivoglia programmazione dell'attività d'impresa.

#### *Articolo 37 e 38*

##### **Qualificazione delle stazioni appaltanti**

*Qualificazione di diritto delle centrali di committenza con particolare riferimento ai soggetti aggregatori regionali. Coordinamento con la disciplina prevista dal decreto-legge n. 66 del 2014.*

*Obbligatorietà dell'iscrizione in un apposito elenco per le stazioni appaltanti che devono procedere agli affidamenti di appalti di lavori servizi e forniture senza distinzione dei relativi ambiti di pertinenza e, indifferentemente, per tutte le fasi relative al procedimento (programmazione, affidamento ed esecuzione).*

La mancata attuazione di alcune parti importanti della riforma è uno dei principali motivi della scarsa efficacia e del cattivo funzionamento del Codice del 2016, che, pertanto, andrebbe in tale ambito completata.

Attraverso tale attuazione occorrerebbe favorire la costituzione di una committenza pubblica specializzata e qualificata, preparata a dialogare con il privato, e ad assumere decisioni discrezionali in maniera trasparente, il cui perimetro di operatività e di competenza sia definito, per evitare sovrapposizioni, secondo criteri di specializzazione. In tal senso un chiarimento degli ambiti di competenza delle diverse centrali di committenza sarebbe sicuramente utile.

Nell'art. 38, inoltre, non può che evidenziarsi la mancanza di precise indicazioni sui requisiti di base, sui requisiti premianti e sulle eventuali semplificazioni degli stessi; inoltre, nulla è detto sulle modalità

attuative del sistema di qualificazione della pubblica amministrazione, di strumenti valutativi efficaci, attraverso una formazione adeguata del personale tecnico delle stazioni appaltanti.

In linea più generale, appare necessaria una mediazione tra l'esigenza di razionalizzazione delle stazioni appaltanti e dei centri di spesa e la polverizzazione eccessiva presente in questo momento: un punto di caduta che prevenga velleitari procedimenti accentratrici, mantenendo comunque un legame a livello territoriale con le comunità di riferimento dei servizi. La mediazione passa attraverso la qualificazione: processo che dovrebbe partire dal riconoscimento delle competenze reali presenti nel singolo centro di spesa, definendone così l'ambito reale di operatività nel mercato, e al contempo evidenziandone, i limiti oggettivi rispetto ad altre potenziali tipologie di appalti/concessioni. La mancata attuazione di questo aspetto è uno dei principali motivi della scarsa efficacia e del cattivo funzionamento della riforma del 2016, che pertanto andrebbe in tale ambito completata. Attraverso tale attuazione occorrerebbe favorire la costituzione di una committenza pubblica specializzata e qualificata, preparata a dialogare con il privato, e ad assumere decisioni discrezionali in maniera trasparente, il cui perimetro di operatività e di competenza sia definito, per evitare sovrapposizioni, secondo criteri di specializzazione. In tal senso, come detto, un chiarimento degli ambiti di competenza delle diverse centrali di committenza sarebbe sicuramente utile.

*Art. 48, comma 5*

#### **Responsabilità solidale delle ATI verso terzi**

L'articolo 48, comma 5 del D.lgs. 50/2016, espressamente recita che "L'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario".

Ai sensi del codice civile, poi, dal punto di vista debitorio, "L'obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno libera gli altri..." (art. 1292 c.c.).

Più semplicemente, l'espressione codicistica statuisce che due o più soggetti possano risultare entrambi obbligati al pagamento di un debito.

In tale situazione il creditore ha diritto di pretendere il pagamento dell'intero suo credito (o l'esecuzione dell'intera prestazione dovuta) indifferentemente da uno dei soggetti solidalmente responsabili, e l'adempimento effettuato da uno di essi libera anche gli altri.

Ciò doverosamente precisato, nulla quaestio sulla responsabilità solidale delle imprese in Raggruppamento Temporaneo di Imprese orizzontale, così come sulla responsabilità solidale del mandatario in caso di Raggruppamento Temporaneo di Imprese di tipo verticale, nei confronti della Stazione appaltante.

Il punto su cui si intende richiamare l'attenzione è, invece, la previsione di una responsabilità solidale del medesimo tenore nei confronti di subappaltatori e fornitori.

A contrarre con i terzi subappaltatori o fornitori non è il RTI in quanto tale, poiché esso non può determinare una società di fatto, o un'organizzazione o associazione fra le imprese, ma la società consortile costituita, a valle dell'aggiudicazione, in caso di esecuzione unitaria dei lavori, o il singolo

membro del RTI, mandante o mandatario che sia, in caso di suddivisione degli stessi tra i suoi vari componenti.

Ebbene, nella vigente disciplina normativa come sopra descritta ogni componente del RTI, o il mandatario nel caso di RTI verticale, pur non avendo sottoscritto il contratto di subappalto, e non essendo, quindi, parte dello stesso, è chiamato a rispondere dell'inadempimento della società consortile o del membro del RTI che ha contratto ed è tenuto a corrispondere ai subappaltatori ed ai fornitori di questi ultimi i corrispettivi non pagati.

Nell'attuale mercato ciò porta ad una distorsione del sistema.

La responsabilità solidale di cui si sta trattando, al momento della sua introduzione con la c.d. Legge Merloni, la L. 109/94, aveva senz'altro una sua ragion d'essere: quella di tutelare la parte debole di un rapporto contrattuale (il subappaltatore o il fornitore). In un mercato delle opere pubbliche ancora abbastanza fiorente, in cui i soggetti che contraevano con le stazioni appaltanti erano imprese italiane di primaria importanza, solide finanziariamente ed organizzativamente, anche dopo lo scossone loro inferto da "tangentopoli", e storicamente presenti sia sul mercato nazionale che internazionale, e quindi, assai conosciute per la propria affidabilità, era condivisibile la volontà del legislatore di impedire che il mercato fagocitasse le imprese più piccole, subcontraenti degli appaltatori pubblici, e le tutelasse affinché potessero essere garantite e si potessero sviluppare, creando così, tra l'altro, occupazione. Il ricorso all'istituto della solidarietà sopra descritta da parte dei terzi era comunque ritenuto, come in effetti è stato, un'eccezione, riuscendo ciascuno, nella maggior parte dei casi, ad adempiere in proprio agli impegni assunti.

Oggi, invece, in un mercato del tutto diverso, profondamente in crisi da diversi anni, che ha visto la scomparsa di importanti realtà imprenditoriali italiane ed in cui nelle prime postazioni dei maggiori player a livello internazionale non sono più contemplate società italiane, appare quanto mai difficile suddividere il mercato stesso tra soggetti forti e soggetti deboli.

La fragilità contraddistingue, oramai, tutti gli operatori del settore, sia coloro che si rapportano con le stazioni appaltanti, avendo i requisiti tecnico-finanziari richiesti per poter accedere ai pubblici appalti, sia le imprese che gravitano attorno a questi ultimi, in qualità di sub-contraenti.

Assai spesso la crisi di una delle imprese componenti il RTI, sebbene non ancora sfociata in una procedura concorsuale, comporta la sua difficoltà a pagare i propri contraenti, tra cui i suoi subappaltatori e fornitori, e gli altri operatori economici del RTI si trovano sempre più di frequente a dover fronteggiare le richieste, stragiudiziali o giudiziali, avanzate da questi ultimi nei loro confronti a titolo di solidarietà.

Ed il dover rispettare non solo gli obblighi assunti nei confronti della Stazione Appaltante – alcune volte anche per la parte di prestazioni gravanti sull'impresa in crisi che nel frattempo potrebbe essere uscita dall'appalto – e nei confronti dei propri subappaltatori e fornitori, ma anche soddisfare quelli dell'impresa inadempiente, se non addirittura insolvente, spesso per somme assai cospicue, pur non essendo parte dei relativi contratti, rischia di portare sull'orlo del collasso anche imprese ancora solide ed in grado, in assenza di un simile ulteriore gravame, di onorare senza difficoltà tutti gli impegni direttamente assunti.

La salvaguardia dell'istituto della solidarietà degli operatori economici del RTI nei confronti dei subappaltatori e dei fornitori, cioè, comporta il rischio di un "effetto contagio": l'azienda in crisi impossibilitata al pagamento dei propri sub-contraenti potrebbe trascinare con sé l'impresa chiamata a rispondere delle sue obbligazioni a titolo di solidarietà, senza che nessun soggetto tragga vantaggio dalla situazione, neppure i sub-contraenti che, comunque, non vedrebbero soddisfatto il loro credito.

Si suggerisce, in conclusione, di abrogare tale istituto e conseguentemente di modificare il 5° comma dell'art. 48 del D.lgs. 50/2016.

Si precisa che, anche in tale ipotesi, rimarrebbe intonsa la tutela dei lavoratori del subappaltatore, nonché degli enti previdenziali ed assicurativi, contenuta in altra norma del codice – l'articolo 30, comma 5 e 6 - che disciplina, in caso di inadempimento del subappaltatore, l'intervento c.d. sostitutivo della Stazione Appaltante, prevedendo il pagamento diretto da parte di quest'ultima a tali soggetti mediante trattenuta e detrazione dall'importo dovuto all'appaltatore.

Inoltre, nella medesima fattispecie e nei confronti degli stessi soggetti, permarrrebbe la solidarietà dell'appaltatore con il subappaltatore, in base alla previsione di cui all'art. 29, comma 2, del D.lgs. 276/2003 (c.d. Legge Biagi).

#### *Articolo 48, comma 19-ter*

##### **Vicende soggettive dei raggruppamenti temporanei di imprese e dei consorzi**

*Vicende soggettive relative ai raggruppamenti temporanei e ai consorzi ordinari di operatori economici - Rapporto tra mancanza dei requisiti prima e durante la gara e perdita degli stessi successivamente anche ai fini della sostituzione dell'operatore economico*

Accade frequentemente che le procedure di gara si protraggono ben oltre i termini di validità dell'offerta indicati nei documenti di gara o dalla normativa vigente e che la Stazione Appaltante chieda, pertanto, ai partecipanti di confermare, per uno o più periodi, la validità delle offerte presentate e di provvedere al rinnovo della cauzione provvisoria. Ciò in palese violazione dei principi di concentrazione e continuità delle gare d'appalto che impongono che le stesse debbano concludersi in tempi certi e ragionevoli a garanzia degli operatori economici che vi partecipano.

In tali casi, nell'attuale contesto di crisi economica del mercato degli appalti pubblici, può accadere che, nel lasso di tempo che trascorre dal momento della presentazione dell'offerta a quello dell'aggiudicazione, una o più imprese che costituiscono il RTI offerente, perda l'attestazione SOA per la categoria e/o per la classe richiesta in sede di gara.

Pertanto, al fine di evitare, in simili frangenti, un'ingiusta esclusione dalla gara, sarebbe opportuno ampliare le fattispecie di cui all'articolo 48, commi 17 e 18, applicabili pure in fase di gara ai sensi del successivo comma 19 ter, anche all'ipotesi in cui uno dei componenti del raggruppamento perda l'attestazione SOA per la categoria e/o la classe richiesta in sede di gara nel periodo successivo ai termini iniziali di validità dell'offerta.

Inoltre - per cercare di arginare un distorto ed abnorme ricorso da parte delle Stazioni Appaltanti all'incameramento della cauzione provvisoria al di fuori delle fattispecie previste dalla legge e del principio di imputabilità della condotta al soggetto destinatario della sanzione a titolo di dolo o di colpa - sarebbe opportuno venisse espressamente previsto che nei casi in cui il RTI venga estromesso dalla gara per perdita dei requisiti tempestivamente segnalata alla Stazione Appaltante, la cauzione provvisoria non possa essere escussa e nessuna segnalazione all'ANAC debba essere effettuata.

Riteniamo altresì utile estendere anche alle singole imprese i limiti all'incameramento della cauzione provvisoria da parte delle stazioni appaltanti.

#### *Articolo 53*

##### **Accesso agli atti**

Si ritiene necessario il ritorno alla previgente normativa (art.79 comma 5-quater del d.lgs. 163/06), che contemplava un accesso speciale riservato alle gare d'appalto, contrariamente all'attuale disciplina

(comma 1) che rimanda alla normativa generale, col risultato di affievolire la conoscibilità dell'operato delle amministrazioni aggiudicatrici e ostacolare la tutela in giudizio.

Tutto ciò anche in attuazione anche di una univoca giurisprudenza sul punto, laddove afferma la soccombenza del diritto di protezione dei segreti industriali rispetto a quello di tutela in giudizio delle proprie ragioni; per questo motivo, sarebbe opportuno anche sopprimere esplicitamente la notifica al controinteressato, sul presupposto che ogni concorrente deve avere consapevolezza che la propria offerta sarà sempre e comunque integralmente ostensibili a chi abbia un interesse qualificato, fatto naturalmente l'uso improprio successivo, che troverebbe protezione in altri presidi normativi.

Inoltre, il combinato disposto dei commi 5 lett. a) e 6, malgrado stabilisca esplicitamente la prevalenza del diritto di accesso su quello alla riservatezza, nella prassi viene purtroppo disapplicato dalle amministrazioni le quali di fatto continuano ad applicare il regolamento nella parte in cui viene fatta la notifica al controinteressato, il cui diniego viene inquadrato esclusivamente nell'alveo del comma 5 lett. a) senza tenere conto del comma 6. In assenza di opportuni rimedi e conseguenze, ciò produce di fatto una indebita compressione del diritto d'accesso, per cui occorrerebbe riformulare il comma 5, lett. a), sopprimendo al contempo il comma 6.

*Articolo 59, commi 1 e 1-bis*

#### **Appalto integrato**

*Obbligo, per i lavori, di appaltare su progetto esecutivo e possibili deroghe a tale obbligo*

Il divieto istantaneo e quasi assoluto di appalto integrato, introdotto con il Codice e principale causa del blocco degli appalti nel biennio precedente, è stato allentato nel decreto correttivo introducendo ulteriori ipotesi per le quali sarà possibile andare a gara su progetto definitivo ossia:

- a. Opere di urbanizzazione a scomputo
- b. Locazione finanziaria
- c. Lavori ad alto contenuto tecnologico
- d. Manutenzioni fino a 2,5 mln.

Rimane centrale anche in questo ambito la crescita di capacità dei committenti che dovranno saper acquisire servizi di progettazione adeguati alla realizzazione dell'opera e gestire l'innovazione tecnologica che il decreto BIM progressivamente introdurrà nella realizzazione delle opere.

Pertanto, in questo ambito sarebbe opportuno chiarire meglio l'ambito di applicazione dell'utilizzo dell'appalto integrato (ad esempio prevedendolo esplicitamente negli appalti sui beni culturali), seppur solo in riferimento alla gara su progetto definitivo

*Articolo 77, commi 1 e 3*

#### **Albo presso l'ANAC dei commissari**

*Procedure di nomina dei commissari, incluso il Presidente, diversificate in relazione all'importo dell'affidamento.*

*Compensi dovuti ai componenti delle commissioni medesime.*

È necessaria un'attuazione del sistema che non blocchi la costituzione delle Commissioni e quindi lo svolgimento delle gare. Si tratta di procedere alla valorizzazione dello strumento delle commissioni

esterne, da semplificare nelle procedure di individuazione dei componenti, in quanto garante della terzietà del procedimento di valutazione.

#### *Articolo 80*

#### **Requisiti di partecipazione**

*Verifica dei requisiti di carattere generale con riferimento a tutti i soggetti aventi funzioni di direzione, rappresentanza e controllo e ai subappaltatori.*

In un'ottica di semplificazione e nel rispetto del divieto di *gold plating*, occorre eliminare ogni riferimento al subappaltatore, come soggetto che deve rendere le dichiarazioni con le conseguenze che ne derivano sulla partecipazione alla gara, anche in considerazione della impossibilità del partecipante alla gara di verificare la veridicità delle dichiarazioni rilasciate.

*Previsione relativa ai gravi illeciti professionali e alla violazione degli obblighi contributivi e previdenziali.*

Il DL 135/18 ha introdotto alcune modifiche all'articolo 80, comma 5, lettera c), senz'altro allineare pienamente la disposizione alle corrispondenti disposizioni contenute nella direttiva comunitaria 2014/24/UE (art. 57, par. 4).

Infatti, il nuovo testo del citato comma 5 ha suddiviso le fattispecie contemplate nella precedente versione della norma, in tre differenti e autonomi motivi di esclusione, separando la categoria del "grave illecito professionale", inserita alla lettera c), da quella relativa alle false dichiarazioni, inserita nella lettera c-bis), e dalle significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto, inserita nella lettera c-ter).

Considerata la volontà del Governo di replicare, sostanzialmente, la corrispondente previsione della Direttiva comunitaria, si rende necessario eliminare dalla lettera c) il richiamo agli illeciti professionali che incidano sulla affidabilità del concorrente, non prevista dall'articolo 57, par. 4, lett. c), della Direttiva, limitandosi a richiamare la sua integrità.

Tale eliminazione, peraltro, risulta pienamente coerente con l'inserimento della lettera c-ter), nell'ambito della quale sono riconducibili le fattispecie afferenti a profili di inadempimento relativi all'esecuzione del contratto, che incidono più propriamente sul concetto di affidabilità. Viceversa, alla lettera c) dovranno essere riconducibili fattispecie incidenti sull'integrità del soggetto concorrente, come tali derivanti dalla violazione di obblighi relativi alla condotta professionale, e non da comportamenti riguardanti l'esecuzione.

Ciò, in linea con quanto indicato nel considerando 101 della direttiva UE 2014/24/UE, dove espressamente si afferma che l'integrità dell'operatore economico può essere compromessa dalla grave violazione dei doveri professionali, indipendentemente dal fatto che l'operatore abbia, per il resto, adeguata capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto.

Ulteriori modifiche dovrebbero essere volte ad allineare la regolamentazione del periodo di interdizione dalla gara, per le fattispecie sopra indicate, alla corrispondente previsione della direttiva comunitaria, anche in un'ottica di certezza del diritto.

In tale ottica è necessario che:

- le significative o persistenti carenze nell'esecuzione di cui alla lettera c-ter) debbano riferirsi ad elementi sostanzialmente oggettivi, tassativamente previsti (individuando il requisito sostanziale in quell'elemento dell'opera, anche di natura tecnico-ingegneristica, la cui realizzazione e/o progettazione a regola d'arte è imprescindibile ai fini della fruizione dell'opera stessa); in tal modo, si risponde ad una delle esigenze maggiormente avvertite dagli operatori economici è quella della certezza dei rapporti giuridici: le cause di esclusione non possono che essere tipiche e tassative affinché le Stazioni Appaltanti



(per le quali ci si augura si proceda quanto prima alla qualificazione) non dispongano esclusioni arbitrarie;

- al comma 10 dell'art. 80, l'esclusione dalla gara deve decorrere dall'avvenuto accertamento definitivo dell'illecito, desumibile da sentenze di condanna definitive ovvero da provvedimenti amministrativi irrevocabili e inoppugnabili.

Principi, questi, condivisi anche a livello nazionale da autorevole e recente giurisprudenza che ha sottolineato l'importante ruolo ricoperto per le imprese dalla c.d. "garanzia giurisdizionale, "cui il legislatore ha mostrato di voler assegnare un ruolo essenziale" (cfr. CGA sentenza n. 575/2017; Cons. Stato, sez. V, n. 279/2018).

Continuando sulle criticità dell'articolo 80, al comma 5, lett. d), si dispone che *"le Stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura di appalto un operatore economico", qualora [...] "la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42, comma 2, non diversamente risolvibile"*.

La norma non tipizza (anche in questo caso a dimostrazione di una carenza diffusa nel codice) direttamente la causa d'esclusione ma la individua mediante un rinvio alla situazione di conflitto di interesse, disciplinata dal precedente articolo 42 comma 2 del Codice. Quest'ultima disposizione, peraltro, non concerne, sotto il profilo soggettivo, l'operatore economico, bensì il "personale di una stazione appaltante" ovvero il "prestatore di servizi" che intervenga nella procedura di gara. Alla stregua dell'interpretazione dell'articolo 42, dovrebbe concludersi che la causa di esclusione prevista dall'articolo 80, comma 5 lett. d), non è correlata ad una fattispecie chiaramente definita. In questa prospettiva potrebbero ritenersi violati i principi, interni ed europei, di tipicità e tassatività delle cause di esclusione, di trasparenza, di certezza del diritto e di proporzionalità. La Corte di Giustizia europea ha più volte sottolineato che le condizioni, sostanziali e procedurali, di partecipazione alle gare per l'affidamento di contratti pubblici, devono essere, chiaramente, puntualmente e univocamente specificate, ex ante, dal legislatore e dal capitolato d'oneri, al fine, da un lato, di evitare rischi di arbitrio da parte della Stazione Appaltante, e dall'altro di rendere tutti i concorrenti – soprattutto quelli stabiliti in altri Stati membri – ragionevolmente informati dell'esatta portata delle predette condizioni.

A tal fine, qualora non si giungesse ad una soluzione per via interpretativa (che riteniamo praticabile), sarebbe opportuna una modifica legislativa che chiarisca che le situazioni di conflitto di interesse sono solo quelle tipizzate dall'art. 7 del Dpr 62/2013. In alternativa l'Autorità, con le Linee Guida, dovrebbe specificare le situazioni di conflitto ulteriori e diverse rispetto a quelle già tipizzate dalla citata disposizione regolamentare. In ogni caso appare indispensabile evitare che la corretta e condivisibile iniziativa di giungere a stabilire nonché regolare i termini e le modalità di condotta appropriate da parte delle stazioni appaltanti determini, da un lato, un incremento del grado di incertezza con esiti che giungono a colpire, infine ed in senso pregiudizievole, gli operatori; dall'altro lato, un'ulteriore intensificazione del carico burocratico sugli operatori medesimi.

#### *Self cleaning*

Sarebbe opportuno individuare una forma di semplificazione (ad esempio in capo ad ANAC) della dimostrazione delle misure adottate dall'operatore economico, evitando di doverle ripresentare interamente in ogni gara.

*Procedimento di verifica dei requisiti cui è subordinata l'efficacia dell'aggiudicazione.*

La lunghezza delle procedure dipende anche dalla verifica dei requisiti che viene svolta su ogni operatore economico. Per accelerare e snellire i controlli, considerato che la finalità è quella di evitare che la stazione appaltante contragga con operatore non meritevole, allora basterebbe effettuare la verifica dei requisiti di carattere morale e tecnico-economico solo sull'aggiudicatario. Ciò consentirebbe di risparmiare tempo, contenzioso e di garantire comunque la stazione appaltante. La modifica normativa, inserita nell'articolo che descrive il procedimento di gara, comporta il venir meno di tutto il procedimento di ammissione ed esclusione che ha dato luogo a molto contenzioso e notevoli critiche della dottrina e giurisprudenza e su cui pendono diverse questioni di compatibilità comunitaria e costituzionale sollevate dal giudice amministrativo (cfr. Tar Piemonte, sez. I, ord., 17 gennaio 2018, n. 88 e TAR Puglia, Bari, sez. III, ord., 20 giugno 2018, n. 903).

### *Articolo 83*

#### **Sistema di qualificazione delle imprese per i lavori**

*Sistema di qualificazione degli operatori economici e raccordo con la disciplina del contraente generale.*

In una ottica di semplificazione e coerenza del sistema, occorre rimettere la disciplina sul Contraente Generale in tema di qualificazione al decreto del MIT di cui all'art. 83 del Codice e non alle linee guida dell'ANAC, come attualmente previsto per la determinazione delle classifiche di qualificazione del C.G. e per gli ulteriori requisiti per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di idoneità tecnica e organizzativa e di adeguato organico tecnico e dirigenziale (articolo 197, commi 3 e 4).

*Possibilità di prevedere sistemi alternativi di qualificazione (art. 84, c. 12)*

Il criterio dettato dalla legge delega ha imposto al legislatore delegato una "revisione del sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità, trasparenza e verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite" (articolo 1, comma 1, lettera uu, della legge 28 gennaio 2016, n. 11).

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici ha confermato, all'articolo 84, comma 1, il riferimento al sistema SOA, quale meccanismo unico di qualificazione operante negli appalti di lavori al di sopra dei 150 mila euro.

Inoltre:

1. Per gli appalti superiori a 20 mln €, si prevede che la stazione appaltante, oltre all'attestazione SOA, possa chiedere ai concorrenti ulteriori requisiti di capacità economico-finanziaria, quali certificazioni di società di revisione che rappresentino l'esposizione finanziaria del concorrente ovvero in alternativa una cifra di affari pari a 2 volte l'importo a base di gara nei migliori 5 anni dell'ultimo decennio (art. 84, comma 7).
2. È prevista, per gli appalti superiori a 100 mln €, la dimostrazione di requisiti di capacità professionale relativi ai lavori analoghi (art. 84, comma 7).

In considerazione di tale complesso sistema e al fine di evitare la frammentazione del sistema di qualificazione, con rischio di desertificazione delle imprese di minore dimensione che si troverebbero, in una situazione già di crisi drammatica, a dover dimostrare requisiti ulteriori, con pregiudizio del principio di concorrenza, non si comprende la necessità di ulteriori sistemi di qualificazione da utilizzare da parte di singole stazioni appaltanti.

Si ritiene pertanto opportuno sopprimere il comma 12.

*Articolo 83, comma 9*

### **Soccorso istruttorio**

*Disciplina del soccorso istruttorio anche con riferimento all'articolo 95, comma 10*

Parte della recente giurisprudenza ha chiarito che la mancata separata indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera determina un'irregolarità non sanabile mediante il ricorso al soccorso istruttorio, atteso che tale istituto ammette l'esercizio della facoltà di integrazione da parte dei concorrenti solo in relazione alle carenze di elementi formali della domanda, mentre, nella specie, viene in rilievo la carenza di un elemento sostanziale, perché attinente al contenuto dell'offerta economica.

Riteniamo tale orientamento condivisibile poiché la mancata indicazione del costo della manodopera, soprattutto in alcuni appalti (ad esempio quelli ad alta intensità della manodopera), denota una scarsa attendibilità della proposta e quindi una scarsa affidabilità dell'operatore economico.

*Articolo 83, comma 10*

### **Rating di impresa**

*Sistema del rating di impresa e delle relative premialità, anche con riferimento alla dimensione dell'impresa. Definizione dei parametri per l'attribuzione del rating, modalità di assegnazione dei punteggi e suoi effetti.*

L'istituto del rating d'impresa dovrebbe essere teso a garantire l'affidabilità degli operatori economici. Esso, tuttavia, connesso, secondo la definizione del codice, "a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili...", risulta di assai difficile autonoma declinazione in quanto rischia, laddove si attenga a tali parametri, di sovrapporsi ad altre fattispecie già ampiamente disciplinate sia all'interno del codice che in altra normativa, tese ad assicurare le medesime finalità. Si pensi ad esempio, ai motivi di esclusione dalle gare individuati ad ampio spettro dall'articolo 80 del codice e alle sanzioni assai rilevanti per l'operatore economico che conseguono alla sua mancata ottemperanza, al sistema di qualificazione SOA o al sistema delle Certificazioni, quale quella relativa al Sistema di Gestione Anticorruzione di cui alla norma UNI ISO 37001 che ha proprio l'obiettivo di aiutare organizzazioni e imprese a prevenire e contrastare fenomeni di corruzione, sviluppando e consolidando una cultura della trasparenza e dell'integrità. Od ancora, al modello organizzativo richiesto dal D.lgs. 231/01, di cui le persone giuridiche possono dotarsi al fine dell'esonero di responsabilità in caso di commissioni di una serie di reati da parte dei loro dipendenti, e teso, quindi, anch'esso a creare una cultura della legalità all'interno delle imprese.

In particolare, nell'art. 80, comma 5, lett. c), ossia nel c.d. illecito professionale, possono potenzialmente confluire tutte quelle situazioni che, ancorché non rientranti nelle fattispecie tipizzate di cui alle altre lettere dell'art. 80, possono essere considerate come ostantive dalla stazione appaltante, in quanto incidenti sulla moralità professionale del concorrente.

Tali situazioni penalizzanti, sotto altro profilo, rientrano anche, seppur con declinazione leggermente diversa, quali indici reputazionali valutabili ai fini del rating.

Il legislatore del Codice e, poi, le Linee Guida messe in consultazione dall'ANAC, forse proprio al fine di evitare inutili ripetizioni, hanno cercato di individuare parametri reputazionali ulteriori rispetto a quelli contenuti nelle suindicate disposizioni. Senonché ciò si è tradotto nell'enucleazione di criteri la cui

valutazione è rimessa esclusivamente alla discrezionalità, se non all'arbitrio, dei Committenti e tesi, tra l'altro, a punire l'espressione di diritti riconosciuti dall'ordinamento all'operatore economico e, poi, all'appaltatore.

Per contro, l'estrema discrezionalità di alcuni elementi di valutazione, fa intravedere (senza grande fantasia) potenziali ulteriori sacche di illegalità: ad es. per ottenere punteggi non meritati, ovvero per diventare uno strumento, in più, per indebolire concorrenti sgraditi, già in fase di gara.

Tale caratteristica del rating (un vero e proprio effetto distorsivo) produce una generalizzazione degli effetti preclusivi nell'accesso all'intero mercato conseguente a valutazioni rese da singole stazioni appaltanti (peculiarità tutta italiana) e va contro le stesse finalità del legislatore che, nel criterio contenuto nella lettera uu) della legge delega 11 del 2016, aveva immaginato uno strumento premiale; inoltre, come vedremo più avanti, l'estrema difficoltà della sua efficiente gestione operativa, potrebbe generare un ulteriore effetto distorsivo nella valutazione delle imprese.

Inoltre, né le norme sul punto, né le Linee Guida messe in consultazione da ANAC hanno disciplinato (probabilmente per oggettive difficoltà rispetto allo strumento immaginato) le modalità di suddivisione del punteggio scaturente dal rating di impresa in presenza di operatori plurimi, quali consorzi e RTI (modalità che rappresentano la stragrande maggioranza degli affidamenti), così come evidenziato già nella prima consultazione.

La LG messa in consultazione sul rating d'impresa è apparsa, purtroppo, assai distante dal concetto di premialità sostanziale cui avrebbe dovuto essere principalmente ispirata, attribuendo al rating di impresa la principale funzione di moralizzazione del settore, funzione già presidiata nel Codice, ma non solo, da altri specifici strumenti.

È dunque opportuno una modifica della disciplina, da cui possa emergere un sistema semplice e snello che non comporti aggravii eccessivi per le imprese, che sia efficace nel premiare le imprese migliori ma soprattutto che risponda a logiche di non discriminazione escludendo immotivatamente alcuni operatori rispetto ad altri. In questo senso, ad esempio, si ritiene più coerente con le finalità dell'istituto che la valutazione sull'operato dell'appaltatore spetti non ai soggetti direttamente interessati (quali committente e appaltatore) bensì ad un soggetto terzo il quale oggettivamente possa pacificamente valutare l'operato dell'appaltatore.

*Articolo 84, comma 4*

#### **Qualificazione delle imprese**

*Disciplina dei requisiti rilevanti ai fini della qualificazione, con particolare riferimento all'esperienza maturata negli anni precedenti per i lavori eseguiti e all'arco temporale di riferimento.*

Il mantenimento del decennio quale periodo di riferimento si ritiene idoneo, ma si rende necessaria una profonda revisione del provvedimento attuativo proposto da ANAC al Ministero delle Infrastrutture con riguardo agli aspetti di seguito evidenziati.

#### **1. Verifica permanente dei requisiti speciali**

Una rilevante novità della proposta di DM è rappresentata dalla necessità di valutare per tutta la durata dell'attestazione, oltre che il mantenimento dei requisiti generali (già previsti nel d.P.R. 207/2010), anche di quelli speciali, tra cui viene evidenziato il monitoraggio della "idoneità delle attrezzature e delle risorse umane a disposizione degli operatori economici a garantire la capacità esecutiva per le categorie e classifiche di qualificazione riconosciute" (art. 15, co. 1, lett. g).

La misura non è condivisibile poiché rappresenta un ulteriore onere a carico dell'impresa, difficilmente verificabile a causa della mancanza di una fonte informativa adeguata, come nel caso dei requisiti di carattere generale (verifica settimanale del Casellario da parte delle SOA). Inoltre, c'è una evidente sovrapposizione con la verifica triennale.

## **2. Affidamento di lavorazioni riconducibili a categorie non presenti in bando e cooptazione**

Dal combinato disposto dei commi 5 e 6 dell'art. 22 della proposta di DM sembrerebbe desumersi che il subappaltatore debba essere qualificato nella lavorazione affidata, non nella categoria prevista dal bando.

Vale solo per le lavorazioni di valore inferiore a € 150.000? Sarebbe opportuno che fosse possibile anche per quelle di importo superiore, ma l'articolo 86, comma 5-bis, del Codice non sembra consentirlo.

Non è più prevista per le imprese - in possesso di un'attestazione per una categoria diversa da quella di bando - la possibilità di potersi associare in gara per eseguire una quota minoritaria dell'opera ossia la cd. cooptazione di cui all'art. 92, co. 5 del d.P.R. 207/2010.

Lo strumento, seppur ritenuto utile, in passato è stato interpretato in modo troppo diverso dalle stazioni appaltanti. L'eventuale ripristino deve essere accompagnato da una disciplina più chiara e completa.

## **3. Revisione delle categorie di lavori**

La suddivisione della categoria OG3 rischia di generare una eccessiva restrizione della concorrenza soprattutto per i futuri bandi in OG3-B.

A proposito della scissione della categoria OG6, è opportuno un chiarimento sulla collocazione delle opere di teleriscaldamento.

Con riferimento agli impianti, scompare la categoria OG11 (impianti tecnologici) per la quale è previsto entro un anno il frazionamento nelle singole categorie specialistiche OS3, OS28 e OS30 (art. 71, co. 17 e 18).

Riteniamo necessario un suo ripristino, depurata della categoria OS3 (dalla quale sono state anche espunte le lavorazioni di spegnimento incendi, trasferiti alla categoria OS28), solo come "sommatoria" delle categorie OS28 ed OS30.

Inoltre, nelle declaratorie delle nuove categorie non è definito dove siano collocate le lavorazioni relative agli impianti di distribuzione dei gas medicali e tecnici.

A tal proposito occorre un chiarimento su quali siano gli impianti gas coinvolti da tale modifica.

## **4. Procedura di qualificazione (rinnovo e verifica triennale)**

Significativo il fatto che nell'istruttoria della qualificazione sia sotteso un doppio controllo sui requisiti di qualificazione, uno al momento della sottoscrizione del contratto e uno prima del rilascio dell'attestazione (art. 26, co. 1).

Si segnala che attualmente le SOA, prima del rilascio dell'attestazione e quindi al termine dell'iter istruttorio di attestazione, verificano nuovamente solo che non siano intervenute medio tempore annotazioni interdittive di ANAC, procedure concorsuali o operazioni di trasferimento che pregiudichino il possesso dei requisiti.

Viene inoltre confermato che la SOA può procedere all'emissione dell'attestato di qualificazione ove siano decorsi infruttuosamente trenta giorni dall'invio dell'ultima richiesta di verifica relativa al possesso dei requisiti di ordine generale (il cd. silenzio assenso).

Tuttavia, tale silenzio assenso sembra non essere applicabile per la verifica dei requisiti speciali (art. 26, co. 2), o quanto meno mancano completamente le indicazioni sulle modalità di riscontro dei requisiti

tecnici oggi chiaramente indicate nel manuale della qualificazione Anac (in particolare per quanto riguarda i CEL privati)

Sembrerebbe opportuno mantenere l'attuale prassi in vigore.

Inoltre, l'impresa deve sottoscrivere il contratto di revisione triennale almeno 60 giorni prima della scadenza triennale dell'attestato; in caso contrario, l'impresa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio sino alla data di effettuazione della verifica con esito positivo (art. 38, co. 2).

Almeno in corso di revisione triennale andrebbe mantenuta l'ultrattività, recuperando la procedura prevista dal DPR 207/10.

## **5. Requisiti di qualificazione**

In contrasto con le disposizioni dell'art. 84, co. 4, lett. b) del Codice, il DM (art. 32, co. 1) limita - per i requisiti di cifra di affari, adeguata dotazione di attrezzature tecniche e adeguato organico medio annuo, il periodo di attività documentabile è quello relativo ai migliori cinque anni del decennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la SOA per il conseguimento della qualificazione.

Nel codice il periodo unico di riferimento è, infatti, il decennio e anche la relazione AIR prevede il decennio.

Riteniamo necessario prevedere il decennio.

Tra i requisiti di capacità economica e finanziaria viene prevista, in aggiunta alle idonee referenze bancarie, una comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali. Non sembra uno strumento idoneo a valutare l'affidabilità di un'impresa.

Per quanto riguarda invece i requisiti di capacità tecnica e professionale l'art. 28, comma 7, prevede che "Laddove la qualificazione sia richiesta solo per una o più delle categorie OS3, OS5, OS9, OS10, OS19, OS28, OS30, la dotazione di attrezzature è sufficiente se raggiunge almeno l'1% della cifra d'affari; laddove la qualificazione sia richiesta anche per una o più delle categorie OG3-A, OG3-B, OG4, OG5, OG6-A, OG6-B, OG7, OG8, la dotazione è sufficiente se raggiunge almeno il 3% della cifra d'affari"; anziché sempre il 2% come da DPR 207/10.

Si ritiene che la soglia del 3% sia molto difficilmente raggiungibile sia dalle imprese generali sia da quelle prevalentemente impiantistiche che volessero attestarsi in una categoria edile.

Una soluzione potrebbe essere l'adozione di importi diversi e ponderati in funzione delle categorie:

1. per le categorie OS3, OS5, OS9, OS10, OS19, OS28, OS30, la dotazione di attrezzature è sufficiente se raggiunge almeno l'1% del valore della sommatoria delle classifiche richieste in tali categorie moltiplicato per il rapporto fra la cifra d'affari e la sommatoria complessiva delle classifiche richieste;
2. per le categorie OG3-A, OG3-B, OG4, OG5, OG6-A, OG6-B, OG7, OG8, la dotazione è sufficiente se raggiunge almeno il 3% del valore della sommatoria delle classifiche richieste in tali categorie moltiplicato per il rapporto fra la cifra d'affari e la sommatoria complessiva delle classifiche richieste;
3. per tutte le restanti categorie, la dotazione è sufficiente se raggiunge almeno il 2% del valore della sommatoria delle classifiche richieste in tali categorie moltiplicato per il rapporto fra la cifra d'affari e la sommatoria complessiva delle classifiche richieste.

Inoltre, la SOA deve valutare preliminarmente l'adeguatezza del complesso delle attrezzature a sostenere la capacità dell'impresa con riferimento alle categorie e classifiche oggetto del contratto di attestazione, secondo le indicazioni contenute in atti emanati da Anac (quale? Aggiornamento manuale SOA?) e la valutazione deve risultare da una relazione inserita nel fascicolo virtuale dell'impresa.

Sia l'atto di ANAC che la successiva valutazione della SOA sembrano un'invasione eccessiva nelle scelte tecniche dell'impresa, che è l'unica che può valutare l'adeguatezza delle attrezzature dal punto di vista qualitativo.

È sufficiente, a nostro avviso, la valutazione di adeguatezza quantitativa già prevista.

Fatti salvi i requisiti aggiuntivi per SIOS, previsti nel DM MIT 248/2016, sono confermati i patentini in qualificazione. Infatti, laddove previsto dai CCNL, l'impresa deve dimostrare, che nel proprio organico è presente almeno un numero crescente di operai qualificati, assunti con contratto di lavoro subordinato e muniti di patentino certificato (art. 28, co. 14).

Riteniamo tale soluzione adeguata, al netto del sistema di incremento numerico inutilmente aggravato dall'aumento delle classifiche, e opportuno chiarire quali siano i requisiti aggiuntivi previsti in particolare dall'articolo 3, comma 1, lettera a), del DM 248/16.

## **6. Incremento convenzionale premiante**

Per ottenere l'ICP non debbono più essere verificati 3 indici su 4 ma 2 su 3, mentre "non è possibile beneficiare dell'incremento premiante nel caso in cui non siano raggiunti i livelli minimi dei requisiti speciali di qualificazione" (era il quarto indice, riferito alle percentuali minime di attrezzatura ed organico, che di fatto deve quindi essere obbligatoriamente verificato) e se non si possiede la certificazione di qualità.

In questo modo l'incremento premiante diventa inapplicabile per il 90% delle imprese in quanto l'utilizzo è condizionato a priori dal possesso del sistema di qualità e dal contestuale rispetto dei requisiti di cui all'articolo 28 di valore non inferiore ai minimi ivi stabiliti (le imprese riproporzionano quasi sempre il fatturato). Si ritiene sia necessario quanto meno ripristinare il precedente concetto dei "3 requisiti su 4", anche in considerazione del fatto che l'aumento delle percentuali per le attrezzature in alcuni casi al 3% rende molto difficile il rispetto del requisito.

Si sottolinea che la Relazione AIR ha motivato il non accoglimento della proposta ANCE-ANCPL in quanto ritenuta troppo selettiva (sic!).

Infine, con riferimento alle operazioni societarie, l'ICP parrebbe poter essere applicato solo nel caso di cessione o conferimento dell'intera azienda, non del solo ramo (art. 31, co. 6). Ad oggi le SOA applicano tale procedura solo in caso di attestazione di una "newco" appena costituita e quindi di "prima attestazione", mentre invece in caso di rinnovo di attestazione applica l'ICP anche in caso di affitti di ramo d'azienda, ovviamente in presenza di tutti i restanti requisiti. Peraltro, anche il DPR 207/10 riportava sostanzialmente la stessa formulazione. Per evitare fraintendimenti, potrebbe essere opportuno riformulare il comma in modo che sia chiaramente rappresentata l'interpretazione data dalle SOA.

## **7. Subappalto**

Con la proposta di decreto viene definitivamente abolito il cd. "premio di coordinamento" per l'appaltatore (art. 40, co. 1, lett. b).

Riteniamo fondamentale modificare il comma 22 dell'articolo 105, al fine di ripristinare il premio (si vadano le osservazioni all'articolo 105).

*Articolo 95, commi 4 e 5*

### **Criteri di aggiudicazione**

*Disciplina dei criteri di aggiudicazione (minor prezzo o OEPV) nel rispetto delle direttive, anche con riferimento alle soglie e all'affidamento sulla base del progetto esecutivo.*

L'abuso dell'utilizzo del sistema dei sorteggi per l'assegnazione o la selezione dei partecipanti (soprattutto nelle gare di minori dimensioni) o l'utilizzo distorto del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa attraverso un utilizzo eccessivo di sub criteri di natura quantitativa (migliorie richieste dalle stazioni appaltanti con l'unica opzione per i concorrenti di offrirle o non offrirle:) o soggettiva (ossia riferiti a caratteristiche dell'impresa) dimostrano che la crescita di qualità delle stazioni appaltanti non è ancora così diffusa.

Eclatante in tal senso il caso delle gare del nuovo mercato SDAPA di Consip, che non offrivano la possibilità di descrivere la propria organizzazione aziendale e di differenziare, quindi, la qualità degli operatori economici.

Così come occorre accrescere le capacità di gestione da parte della pubblica amministrazione della fase esecutiva, in modo da produrre un effetto selettivo sulla qualità delle imprese e delle loro offerte.

Riteniamo pertanto necessario continuare a perseguire tale obiettivo, ancor più importante in un contesto di innovazione tecnologica sempre più radicale.

Inoltre, effetto (indesiderato?) di tali comportamenti è stata anche la surrettizia reintroduzione del criterio del prezzo più basso, con buona pace della qualità della prestazione, frustrata anche dalla diffusione di impalpabili criteri organizzativi tra quelli premianti l'offerta tecnica che invece devono riguardare la capacità produttiva e la competenza professionale dell'impresa.

Esiste inoltre, in particolare per quanto concerne gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera, il tema del rapporto "coerente" che dovrebbe intercorrere tra la costruzione del costo del lavoro in sede di predisposizione di gara (art. 23), valutazione dell'offerta e verifica della sua eventuale anomalia (art. 97). Molto spesso questa "organicità" non è presente.

Una delle ragioni risiede nelle modalità con cui si deve tenere conto dei costi contrattuali del lavoro, che dovrebbero essere meno aleatorie e potere fare riferimento a indicazioni più stringenti in sede di gara.

Pertanto, un altro obiettivo condivisibile del Codice rischia di essere messo in discussione da comportamenti opportunistici delle stazioni appaltanti.

Le correzioni all'articolo 95 del Codice hanno stabilito alcuni principi determinanti a salvaguardia dell'obiettivo quali:

1. il tetto massimo al peso del prezzo (30%), da mantenere a dispetto delle recenti prese di posizione dell'AGCM;
2. l'illiceità di punteggio premiante per prestazione aggiuntive;
3. l'effettiva concorrenzialità dell'offerta tecnica.

Occorre, pertanto, implementare tali novità apportate dal nuovo Codice e in particolare il contenimento del peso del prezzo nell'offerta, attraverso l'individuazione di formule per la sua valutazione che non premino eccessivamente i ribassi (difendendo contemporaneamente il tetto massimo del prezzo, messo in discussione da AGCM).

*Articolo 95, comma 10*

### **Costi della manodopera**

*Indicazione separata dei costi aziendali e dei costi della manodopera*

Favorevoli al mantenimento della disciplina attuale (si vedano osservazioni al punto precedente e all'articolo 83, comma 9)

*Articolo 95, comma 10-bis*



### **Tetto massimo del punteggio economico**

*Disciplina relativa alla previsione, in norma primaria, del peso massimo da attribuire all'offerta economica.*

Siamo favorevoli al mantenimento della disciplina attuale (si vedano osservazioni al punto precedente)

*Articolo 95, comma 14-bis*

### **Offerta economicamente più vantaggiosa e servizi aggiuntivi**

Molti bandi di gara considerano come elemento “qualitativo” l’offerta di elementi aggiuntivi della prestazione. Il capitolato prevede un certo quantitativo di ore necessarie per la prestazione di servizi sociali e i criteri di offerta attribuiscono un punteggio connesso ad ore aggiuntive offerte dal prestatore economico.

E’ evidente che l’operatore economico, offrendo servizi aggiuntivi finisca sostanzialmente per alterare il contenuto dell’offerta e dello stesso oggetto del contratto, che almeno sul piano quantitativo diventa altra cosa.

Il correttivo ha deciso, sembrasolo per i lavori, che l’offerta economicamente più vantaggiosa, non deve tenere conto di prestazioni maggiori e nell’articolo 95 del D.lgs. n. 50/2016 è stato inserito il nuovo comma 14-bis: “In caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l’offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d’asta”.

In generale si ritiene che la previsione del comma 14-bis non è evidentemente riferita ai soli appalti di lavori, bensì a tutte le tipologie di appalto, compresi servizi e forniture, purché affidati col criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Se le stazioni appaltanti non possono attribuire punteggi per l’offerta di opere aggiuntive, ciò significa che non dovrebbero trovare spazio, tra i criteri di valutazione, appunto elementi che attribuiscono punti a maggiori quantità prestazionali, rispetto a quelle stabilite.

In appalti di servizio ad alta intensità di manodopera, si rischia di modificare in modo significativo l’incidenza del prezzo finale sul rispetto dei costi contrattuali del personale.

La valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa altera, in modo ovviamente più o meno ampio a seconda delle incidenze e connessioni tra prezzo e costi unitari, il costo del personale, ponendo problemi di anomalia dell’offerta. Per altro verso, poiché le prestazioni aggiuntive alterano le quantità progettuali e l’incidenza di alcuni prezzi su altri, l’assegnazione di punteggi produce il risultato abnorme di valutare due volte l’elemento del ribasso. Infatti, lo si valuta una prima volta assegnandogli il punteggio non superiore a 30 su 100 previsto dalla norma; ed una seconda volta, indirettamente, attraverso la valorizzazione dei punteggi per le prestazioni aggiuntive, che portano necessariamente ad un ribasso ulteriore su voci specifiche che concorrono a formare il prezzo, con conseguenze potenzialmente deflagranti per i servizi ad alta intensità di manodopera.

Si richiede, pertanto, che oltre alle opere si renda esplicito il riferimento ai servizi.

*Articolo 97, comma 5, lettera d)*

### **Disciplina dell'esclusione dell'offerta con riferimento al costo del lavoro**

*Valutazione dell'offerta anomala con riferimento sia al costo del lavoro sia ai minimi salariali*

Siamo favorevoli al mantenimento della disciplina attuale, anche in considerazione del fatto che lo scorporo totale del costo della manodopera dall'offerta economica, già proposto in passato ha sollevato irrisolvibili problemi.

Infatti, la non ribassabilità è stata introdotta la prima volta all'art. 81 comma 3-bis del D.lgs. n. 163/2006 dalla Legge n. 106/2011 di conversione del D.L. 70/2011, successivamente abrogato dal cosiddetto "Salva Italia" (con l'art. 44, comma 3, della Legge n. 214/2011, di conversione del D.L. n. 201/2011) a causa di numerose sollecitazioni da parte degli operatori economici (imprese e stazioni appaltanti) che lamentavano l'indiscutibile ambiguità della norma e le difficoltà operative e a seguito di una consultazione in merito avviata da AVCP.

Successivamente a tale abrogazione la non ribassabilità del costo del personale complessivo è stata reintrodotta, per le sole gare al massimo ribasso, nell'art. 82 comma 3bis del D.lgs. n. 163/2006, dal D.L. n. 69/2013, convertito in legge n. 98/2013 il quale testualmente recitava:

"3-bis. Il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro."

L'applicazione di questa disposizione ha prodotto un esito paradossale negli appalti di servizi. Poiché il costo della manodopera in questa tipologia di appalti si aggira tra l'80% e il 90%, e il principio dello scorporo impediva qualunque ottimizzazione del servizio, le offerte prevedevano sempre lo sconto massimo sui costi residui (utile, costi generali) ammessi a ribasso, con conseguente assegnazione tramite sorteggio.

Difronte a tali esiti e alle difficoltà applicative segnalate a più riprese dalle stazioni appaltanti, anche l'AVCP, con l'Atto di segnalazione al Parlamento n. 2, del 19 marzo 2014 concludeva: "Alla luce delle considerazioni esposte, l'Autorità ritiene che la disposizione in parola non possa trovare applicazione senza incorrere nelle criticità prospettate nonché senza ingenerare gli effetti distorsivi del mercato sopra rappresentati; a ciò si aggiunga, inoltre, la necessità di salvaguardare anche il principio dell'autonomia imprenditoriale, in perfetta coerenza con il diritto comunitario, di cui tiene conto lo stesso articolo 55 della direttiva 2004/18 (recepito negli artt. 87 e 88 del Codice), laddove, sostanzialmente, ammette giustificazioni in relazione ad elementi che influenzano il costo "complessivo" del personale e tutela il solo costo "unitario".

Ferma restando, pertanto, la tutela da assicurare al rispetto di quest'ultimo, il costo complessivo del personale, per ciascun concorrente, è da ritenere che si determini in base alla reale capacità organizzativa d'impresa che è funzione della libera iniziativa economica ed imprenditoriale (art. 41 Cost.) e come tale non può essere in alcun modo compressa mediante predeterminazioni operate ex ante".

Tali conclusioni, anche per quanto riguarda i profili comunitari, sono tuttora valide.

Occorre poi evidenziare che dal campo di applicazione di tale disposizione erano esclusi, per la loro peculiare natura, sia le forniture di beni, per la evidente difficoltà ad evidenziare il costo del lavoro incorporato in un prodotto, e le gare di servizi intellettuali perché già nel vecchio ordinamento, secondo il DPR 207/10, ad esse si applicava il solo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Occorre infine aggiungere che nel Codice attuale sono state previste numerose positive disposizioni che mirano a contenere la concorrenza sul prezzo che, soprattutto nei servizi, significa sul costo della manodopera e in particolare ci riferiamo all'obbligatorietà dell'utilizzo del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo per gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera e ai principi per il contrasto alle

gare a ribasso mascherato contenuti nelle modifiche proposte all'articolo nell'articolo 95, all'inserimento obbligatorio della clausola sociale nei bandi di gara (articolo 30), all'obbligo dell'utilizzo delle tabelle ministeriali sul costo del lavoro per il calcolo della base d'asta (articolo 23) e come riferimento per valutare l'anomalia dell'offerta (articolo 97).

## *Articolo 102*

### **Collaudo**

Si propone di prevedere che in caso di ritardo nella emissione del certificato di collaudo nei tempi di legge, la cauzione definitiva sia svincolata automaticamente e venga corrisposto all'appaltatore un indennizzo commisurato al valore dell'appalto ed al ritardo (i.e.: compenso pari al 2% annuo sull'importo netto contrattuale, ridotto di spese generali (13%) ed utile (10%) e rapportato al tempo di ritardo): l'ANAC ha avuto modo di rilevare che il collaudo costituisce l'atto finale del procedimento di esecuzione di un contratto pubblico di lavori, e ne costituisce momento saliente e necessario che l'amministrazione ha il diritto-dovere di effettuare, al fine di accertare la buona esecuzione dell'opera. La Corte di Cassazione ha stabilito che "all'amministrazione è inibito di ritardare sine die le sue determinazioni sul collaudo, in quanto ciò paralizzerebbe per un tempo indeterminato, ed in modo contrario ai principi di buona fede, la realizzazione delle pretese della controparte" (C. Cassaz., sez. civile, Sezioni Unite 28/10/1995, n. 11312). Posizione assunta anche dall'ANAC con deliberazione n. 105 del 5/4/2001. Si richiamano, altresì, le deliberazioni n. 48/2007 e n. 81/2012.

Nel caso in cui, pertanto, il ritardo nell'emissione del certificato di collaudo e nella sua approvazione sia imputabile al comportamento della stazione appaltante, si delinea una fattispecie di inadempimento contrattuale, suscettibile di danno. In ordine alla quantificazione del danno, si rimettono infine le seguenti considerazioni.

L'emissione del certificato di collaudo libera l'appaltatore dall'obbligo di custodia e di manutenzione dell'opera ultimata, pertanto la mancata osservanza del termine per la sua emissione, onera l'esecutore degli obblighi di custodia e di manutenzione dell'opera, tranne nel caso si sia proceduto, alla presa in consegna anticipata dell'opera, prima dell'emissione del certificato di collaudo provvisorio, nel qual caso continua a gravare sull'esecutore l'obbligo di manutenzione ma non la custodia, che viene assunta in carico dall'amministrazione.

A carico dell'esecutore restano altresì gli oneri economici relativi alle ritenute di garanzia che, fissate nella misura dello 0,50 per cento, sono svincolate dopo l'approvazione del certificato di collaudo.

Il danno subito a causa del ritardo nell'emissione del certificato di collaudo comprende inoltre le spese generali, limitatamente a quelle che continuano ad operare nelle more della emissione dello stesso certificato, che riguardano le spese amministrative d'impresa ancora attive e la custodia e guardiania delle opere cui l'appaltatore è tenuto fino al collaudo, nonché i premi pagati per garanzie fidejussorie e per la copertura assicurativa dei danni di esecuzione e responsabilità civile verso terzi.

La normativa vigente non ha stabilito un criterio globale di valutazione forfettario di tali spese in analogia a quanto sancito per l'evento dipendente da sospensione illegittima dei lavori. Tenuto conto delle difficoltà valutative di tali oneri, sono intervenute decisioni arbitrali che li hanno ritenuti riconoscibili, in via equitativa, con un compenso pari al 2% annuo sull'importo netto contrattuale, ridotto di spese generali (13%) ed utile (10%) e rapportato al tempo di ritardo.

Articolo 105

### **Subappalto**

*Disciplina dei limiti con riferimento alla quota subappaltabile e alle categorie dei lavori, servizi e forniture.*

*Indicazione della terna dei subappaltatori in sede di offerta.*

*Limiti di affidamento del subappalto anche con riferimento alle imprese che abbiano partecipato infruttuosamente alla stessa gara.*

*Pagamento diretto.*

*Rilevanza, ai fini della qualificazione dell'appaltatore, di una quota dei lavori, servizi e forniture affidati in subappalto*

Occorre sottolineare come la scelta di imporre un accorciamento della filiera, attraverso l'irrigidimento dell'istituto del subappalto, abbia prodotto danni sia sul fronte delle procedure di gara sia in fase di esecuzione con ripercussioni sulla struttura industriale delle imprese.

I vincoli stringenti che il Codice dei Contratti Pubblici (rectius la legge delega) ha imposto sull'utilizzo del subappalto (terna, pagamenti, limiti di utilizzo in gara e in qualificazione) risultano tra le peggiori scelte fatte dal legislatore.

Partiamo dagli aspetti amministrativi. Come avevamo facilmente previsto, l'obbligo di indicare in gara una terna di subappaltatori sta generando una tale confusione tra operatori e stazioni appaltanti che far passare ancora del tempo prima di fare un passo indietro sarà solo un incentivo al contenzioso di cui non si sente per niente il bisogno. Anche i primi bandi tipo in corso di emissione da parte dell'Anac non sembrano riuscire a sbrogliare la matassa. Dunque, si propone – in linea con quanto previsto dalla Costituzione in mora-Infrazione n.2018/2273 Commissione Europea-Italia – l'abrogazione dell'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori sancito dall'art 105 comma 6. Difatti un siffatto obbligo, oltre a non essere previsto dalla direttiva 2014/24/UE, sta generando, in capo alle stazioni appaltanti, delle interpretazioni restrittive dell'obbligo in questione, non permettendo neppure una sostituzione della terna indicata in fase di gara. A riguardo bisogna infatti ricordare che, come altresì sancito delibera ANAC n. 487 del 3 Maggio 2017, l'indicazione del soggetto nella terna non implica una formalizzazione dei rapporti tra subappaltatore e concorrente che lo indica, ma una "mera disponibilità a contrarre" in capo al subappaltatore. Pertanto, non essendovi alcun obbligo contrattuale, nulla vieta al concorrente di procedere con la sostituzione, anche in fase di esecuzione, di un subappaltatore, inizialmente indicato che, per cause sopravvenute (ad esempio impegnato in altri cantieri con le proprie maestranze), si trovi impossibilitato a dar corso alla disponibilità inizialmente prestata.

Ciononostante la prassi di tale dettato normativo sta prevedendo, come indicato, un obbligo di indicazione *tout court* e, conseguentemente, l'impossibilità, per gli operatori economici, di andare a sostituire un eventuale subappaltatore già indicato in fase di offerta, con inevitabile rallentamento delle procedure di autorizzazione e/o esecuzione del subappalto oltre che inevitabili danni economici nell'ipotesi di diniego di sostituzione.

È dunque quanto mai opportuna (anzi doverosa) l'abrogazione dell'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori sancito dall'art 105 comma 6.

In tema di politica industriale, invece, le scelte di limitarne l'utilizzo, avulse dal contesto europeo come già segnalato dalla Commissione Europea nella procedura di infrazione aperta contro l'Italia e come probabilmente evidenzierà anche la Corte di Giustizia, rischiano di polverizzare sempre più un tessuto industriale già fortemente provato dalla crisi.

Infine, le limitazioni imposte, volte a scongiurare la penetrazione della criminalità organizzata, si giustificavano in un contesto regolatorio in cui la stazione appaltante difetta di adeguati strumenti di controllo sull'integrità e la qualificazione delle imprese subappaltatrici.

Ma ormai non è più così: l'impresa subappaltatrice è tendenzialmente soggetta ai medesimi controlli operati nei riguardi dell'affidataria. Il subappalto pubblicistico presenta, quindi, sempre più marcati profili di atipicità, come è confermato pure dalla possibilità di pagamento diretto del subappaltatore da parte dell'amministrazione.

Né può valere una giustificazione legata alla tutela delle piccole e medie imprese dallo sfruttamento dell'impresa aggiudicatrice. In sede europea il subappalto è considerato un'opportunità per esse e, in ogni caso, la limitazione quantitativa non è lo strumento migliore (più proporzionato), e non è dimostrato che le associazioni temporanee di imprese garantiscano più efficacemente le piccole e medie imprese.

Infine, impedire la qualificazione attraverso i lavori subappaltati è ingiustificatamente incoerente con il ruolo di responsabilità (finanziaria, esecutiva e finanche sociale) affidato all'appaltatore nella filiera.

Riteniamo pertanto prioritario, rispetto a qualunque altra modifica, prevedere:

1. la rimozione dell'indicazione della terna dei subappaltatori in gara;
2. il ripristino della disciplina previgente in materia di utilizzo in esecuzione (previsione del limite del 30% relativo solo ai lavori della categoria prevalente) e in qualificazione (attraverso la reintroduzione del c.d. premio di coordinamento);
3. la limitazione del pagamento diretto della PA ai subappaltatori, oggi praticamente indiscriminato, ai casi di inadempimento o specificamente previsti nel bando in relazione alla natura della prestazione;
4. l'eliminazione, tra le clausole di esclusione, delle irregolarità relative al subappaltatore.

#### *Articolo 106*

##### **Revisione prezzi e varianti**

Occorre fare chiarezza sulla disciplina applicabile in tema di adeguamento del corrispettivo di appalto.

Infatti, nel nuovo Codice, la formulazione letterale dell'articolo 106, comma 1, lettera a) è ambigua, rendendo dubbia l'esistenza di un "diritto" dell'appaltatore alla compensazione del prezzo di appalto, al verificarsi di accertati aumenti.

La norma, infatti, sembra condizionare il riconoscimento della compensazione al fatto che, nella documentazione di gara, l'amministrazione abbia inserito clausole di revisione prezzo.

Tale impostazione è in contrasto con la normativa precedente sul punto, consolidata in numerosi anni di applicazione da parte delle amministrazioni, e rischia di creare una situazione di ingiustificata iniquità a danno delle imprese, che compromette l'equilibrio sinallagmatico nel rapporto contrattuale con la stazione appaltante.

Occorre, pertanto, precisare che il bando di gara deve sempre riconoscere il diritto dell'appaltatore al riconoscimento di una compensazione del corrispettivo di appalto al verificarsi di determinate condizioni, quali ad esempio l'incremento del costo del lavoro sulla base di CCNL stipulati da organizzazioni comparativamente più rappresentativi a livello nazionale (eventualmente prevedendo in questi casi riconoscimenti automatici e non condizionati ad una previa autorizzazione della stazione appaltante).

Occorre, inoltre, individuare una soluzione che riconosca all'appaltatore le varianti eseguite anche in assenza di specifica approvazione formale della P.A. in corso di rapporto, ma per *facta concludentia* (ad esempio, dietro emissione di ordini di Servizio non seguiti da apposita perizia di variante, o per necessità

esecutive non formalizzate dalla committente), qualora in sede di collaudo venga riconosciuta la utilità delle opere variate eseguite dall'appaltatore.

#### *Articolo 108*

##### **Eccezione di inadempimento**

Individuazione di una soglia presupposto di mancati pagamenti (15%) da parte della stazione appaltante, che consenta, fatti salvi gli interessi moratori e la possibilità di sollevare l'eccezione di inadempimento, di avviare la risoluzione contrattuale.

#### *Articolo 113*

##### **Incentivi**

##### *Disciplina degli incentivi anche con riferimento alle attività incentivabili*

In considerazione dei tentativi di modifica avanzati negli ultimi mesi, anche dal Governo, riteniamo fondamentale ribadire la necessità e l'opportunità del mantenimento dell'attuale disciplina in vigore che destina l'incentivo ai pubblici dipendenti in relazione ad attività di controllo e monitoraggio nell'esecuzione dell'opera e non alla progettazione.

#### *Articolo 114 e 133*

##### **Garanzie nei settori speciali**

Si propone l'estensione anche ai settori speciali delle medesime norme previste per i settori ordinari: in tema di partecipazione alle gare, nell'ambito dei settori speciali, si segnala come il mancato espresso richiamo degli articoli in tema di presentazione delle garanzie valevoli per i settori ordinari, ovvero gli artt.93 (cauzione provvisoria) e 103 (cauzione definitiva) del D.lgs.50/2016, da parte dell'art.114 co.1 e dell'art.133 co.1 del codice, consenta agli operatori dei settori speciali, ovvero spesso quelli di maggiore rilevanza economica, di richiedere ad esempio garanzie solo bancarie, con violazione del principio comunitario di libertà di concorrenza e massima concorrenze nelle procedure di selezione pubblica del contraente.

#### *Articoli 140 e 142.*

##### **Appalti di servizi sociali**

Il regime speciale dell'esternalizzazione in sanità è inequivocabilmente contenuto nelle norme chiare ed esplicite contenute all'articolo 8 (rapporti convenzionali con i medici di medicina generale, i pediatri di libera scelta, le farmacie e gli specialisti ambulatoriali interni) e agli articoli 8-bis e successivi (autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali) del Titolo II del D.lgs.502/1992 e ss.ii. Invece, le attuali disposizioni del codice relative agli appalti di servizi sociali ricomprendono anche i servizi sanitari (elencati nell'allegato IX) con una sovrapposizione con il citato D.lgs. 502/1992 che genera ambiguità e confusione.

A tal fine si ritiene essenziale, per superare qualsiasi profilo di ambiguità e sovrapposizione, prevedere una specifica deroga nel codice degli appalti. A riguardo si rammenta anche la recente sentenza del Consiglio di Stato sez. III, 19 marzo 2018, n. 1739.

In proposito, il Legislatore Comunitario ha lasciato ampi margini di discrezionalità nell'organizzazione dei servizi sanitari di cui all'Allegato IX, in considerazione del rilievo del contesto culturale e della delicatezza dei settori in oggetto. Tra le considerazioni preliminari della 23/2014/UE, infatti, la numero n.54 (relativa ai servizi alla persona) che garantisce agli Stati membri la libertà di prestare essi stessi tali servizi, oppure di organizzarli *"secondo modalità che non comportino la conclusione di concessioni, per esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi oppure il rilascio di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfino le condizioni preventivamente stabilite dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, senza limiti o quote di sorta, purché tali sistemi garantiscano sufficiente pubblicità e rispettino i principi di trasparenza e di non discriminazione."*

Si propone pertanto di integrare le disposizioni riguardanti i principi generali e le disposizioni comuni (parte 1, Titolo 1, art. 140, Norme applicabili ai servizi sociali e ad altri servizi specifici dei settori speciali, e art. 142, Pubblicazione degli avvisi e dei bandi) prevedendo espressamente l'esclusione *"per i servizi sanitari, compresi quelli elencati nell'allegato IX, in attuazione delle previsioni D.lgs. 502/1992 e ss.ii."*

#### *Articolo 151*

##### **Forme speciali di partenariato**

Si propone l'estensione delle forme speciali di partenariato del settore culturale, per il momento poco utilizzate (anche per la formulazione attuale dell'articolo). In particolare riteniamo opportuna la modifica dell'art. 151, comma 3, del Codice L'attuale formulazione circoscrive al solo Ministero dei beni e delle attività culturali la possibilità di attivare forme speciali di partenariato. Tale opportunità dovrebbe invece essere prevista anche per gli altri enti pubblici, le Regioni, gli enti locali, nonché per i soggetti in loro controllo analogo che, come noto, gestiscono un numero consistente di beni e luoghi culturali suscettibili di pubblica fruizione e di valorizzazione.

In secondo luogo, si ritiene più opportuno che la disposizione faccia riferimento ai beni culturali materiali e immateriali e non si limiti ai soli beni culturali immobili.

Infine, sarebbe più attinente all'attuale realtà del Paese non menzionare la ricerca scientifica solo in ordine alla tutela, visto che oggi può essere connessa anche ad azioni di valorizzazione del bene culturale, ma fare un più ampio riferimento alla *"ricerca e alla innovazione"*.

#### *Articolo 174, commi 2 e 3*

##### **Subappalto nelle concessioni**

*Casi di indicazione, da parte delle imprese offerenti, di una terna di subappaltatori e verifica dei motivi di esclusioni con riferimento agli stessi.*

Si propone la soppressione dell'indicazione della terna in gara, in analogia a quanto proposto all'articolo 105.

#### *Articolo 177*

## **Affidamenti dei concessionari – limiti**

*Disciplina dell'affidamento a terzi da parte dei concessionari in caso di concessioni non affidate con procedure ad evidenza pubblica (80-20% e 60-40% per le concessioni autostradali)*

*Ambito e limiti di applicazione*

Occorre riallineare la disciplina prevista dall'articolo 177 del Codice dei contratti pubblici ai principi comunitari.

Trattasi di quei principi che, in caso di concessioni assentite o prorogate senza gara, obbligano il concessionario ad affidare a terzi il 100% dei lavori di propria competenza, al fine di sanare l'assenza di concorrenza verificatasi "a monte" dell'affidamento.

Occorre quindi agire al fine di contrastare vantaggi competitivi indebiti nel settore delle concessioni, criticità particolarmente presente nel caso delle concessioni autostradali, nella stragrande maggioranza delle in Italia assentite senza gara a monte.

In tale ottica, occorre eliminare l'inaccettabile deroga, introdotta dalla legge di Bilancio 2018, che ha consentito ai solo titolari delle concessioni autostradali di affidare il 60% (anziché l'80%), con possibilità di realizzare "in house" il restante 40%.

La stessa Autorità garante del mercato e della concorrenza nel corso della recente audizione svolta alla Camera sul decreto "Genova" ha sottolineato tale necessità.

Gli effetti del suddetto vulnus concorrenziale sul mercato sono inequivocabilmente negativi.

Nel corso degli ultimi anni, lo "spiazzamento" dei lavori in house a danno di quelli realizzati in gara è stato evidente: quote di mercato molto importanti sono state sottratte alla concorrenza.

Occorre quindi un quadro regolatorio in linea con la normativa UE, a garanzia di tutti gli occupati del settore.

Infatti, stante anche il perdurare della grave recessione in atto nel mercato delle opere pubbliche, l'edilizia ha registrato un andamento negativo dell'occupazione continuo e progressivo e che ancora non registra allo stato un'inversione di tendenza. Pertanto, riportare sul mercato quote di lavoro significative può contribuire alla frenata della perdita occupazionale, dando nuovo impulso alle dinamiche del mercato del lavoro del settore.

Nondimeno, l'art. 177 resta una disposizione oscura ed incerta per giudizio unanime della dottrina, degli operatori e del Consiglio di Stato. Per giunta, segnatamente all'ambito oggettivo di applicazione, si ritiene necessario e urgente un intervento legislativo di chiarimento circa le prestazioni interessate dall'obbligo di esternalizzazione.

Difatti, sebbene l'art. 177, come pure la legge di delega, si riferisca a "contratti" e non a prestazioni – essendo quindi circoscritta alle sole attività "esternalizzate" e non riguardando l'attività che il concessionario intende eseguire direttamente – la disposizione è stata tuttavia interpretata alla stregua di un vero e proprio obbligo di esternalizzazione di tutte le prestazioni inerenti la concessione, anche quelle che il concessionario svolge direttamente con propri mezzi e risorse.

Tale interpretazione non può essere condivisa, e lo stesso Consiglio di Stato ha avuto modo di rilevarne la contraddittorietà rispetto ai principi di cui all'art. 41, Cost., sollecitando una revisione o interpretazione della norma "alla luce di una più attenta lettura dell'art. 41 della Costituzione" ("non si può al contempo non segnalare la sussistenza di alcuni dubbi di costituzionalità della norma così interpretata. In particolare l'obbligo di esternalizzare, per raggiungere la soglia dell'80%, anche attività che potrebbero essere eseguite in proprio avvalendosi esclusivamente della propria organizzazione aziendale, e dei mezzi, strumenti e risorse esclusivamente appartenenti al concessionario, sembra in contraddizione con i principi scaturiti dall'art. 41, Cost.", così C.d.S. Commissione speciale 20/06/2018, n. 1582, n. aff. 547/2018).



Riferire le percentuali a tutte le attività e le prestazioni oggetto della concessione, ricomprendendovi anche quelle eseguite direttamente dal concessionario, trasforma l'obbligo di ricorrere alla gara (in caso di esternalizzazione) (i) in un vero e proprio obbligo di esternalizzare tutte quelle attività che sono svolte autonomamente dal concessionario sulla base della propria organizzazione aziendale (ii). In tal modo, i concessionari sono espropriati delle attività inerenti la concessione, che ne risulterebbe del tutto svuotata, e divengono mere stazioni appaltanti, prive di ruoli operativi e gestionali.

Una siffatta decisione avrebbe delle conseguenze rilevanti: anzitutto, si traslerebbe sostanzialmente in capo ad uno o più soggetti terzi, non previamente individuati (quindi in controtendenza rispetto agli orientamenti attuali, ad esempio in tema di subappalto), la responsabilità materiale dell'esecuzione della concessione; in secondo luogo, la completa esternalizzazione delle attività (a mezzo di gara per l'80 per cento o a società in house/collegate per il restante 20 per cento) determinerebbe un esubero di risorse nell'organizzazione aziendale del concessionario, risorse che dovrebbero accedere agli strumenti degli ammortizzatori sociali per scongiurare il licenziamento. Il processo di esternalizzazione avrebbe un costo economico e sociale elevato, comportando la necessità, da parte delle imprese - nei settori del servizio rifiuti, distribuzione di energia elettrica e gas - di operare una riduzione della forza lavoro a fronte della esternalizzazione delle attività compresa fra l'80% ed il 95% precedentemente operativo, questo significherebbe la perdita di circa 145.000/170.000 posti di lavoro nel breve-medio periodo. In tal senso, infatti, le principali sigle sindacali hanno indetto uno sciopero per il 17 dicembre u.s.

Anche sulla scorta della segnalazione effettuata dal Consiglio di Stato, molti concessionari interessati dalla norma, attivi nei servizi di interesse economico generale (ed in particolare, distribuzione energia elettrica, distribuzione gas, gestione rifiuti, etc.) hanno impugnato le linee guida innanzi al Tar Lazio. I ricorsi, attualmente pendenti (più di 60), recano anche la richiesta di rinvio alla Corte Costituzionale della questione di legittimità della norma. Poiché ciò contribuisce ad aumentare lo stato di incertezza normativa, si propone la proroga del termine come sopra precisato, al fine di dar tempo alla magistratura di completare il proprio iter.

Si propone pertanto di chiarire che l'obbligo di messa a gara incombente sui concessionari riguarda le attività non svolte con personale o mezzi propri.

*Articoli 194, 195, 198*

### **Contraente Generale**

*Occorre modificare, al fine di rendere realmente utilizzabile lo strumento, alcune disposizioni riguardanti il contraente generale e in particolare:*

- 1. specificare che il contraente generale provvede alla realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera affidata tramite appalto (articolo 194, comma 1);*
- 2. eliminare la necessità che il corrispettivo venga pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori (articolo 194, commi 15, 16, 17);*
- 3. eliminare l'obbligo di prefinanziamento, in tutto o in parte dell'opera, in capo al contraente generale (articolo 194, comma 2, 195, comma 4 e 198, comma 1).*

*Articoli 202 e 27*

### **Localizzazione e finanziamento delle opere pubbliche**

Le ultime Leggi di Bilancio hanno destinato consistenti **risorse a disposizione della realizzazione di infrastrutture** per il Paese e una loro più rapida trasformazione in cantieri favorirebbe anche una più veloce uscita dalla crisi, che vede proprio il settore delle costruzioni assente dai segnali di ripresa del PIL. Per agevolare tale trasformazione, ci sono misure a costo zero per la finanza pubblica che ridurrebbero fortemente i tempi di realizzazione delle opere pubbliche e che consistono nella soppressione di passaggi autorizzatori non necessari, duplicazioni e ritardi realizzabili:

1. Coordinando meglio il ruolo dei Ministeri e del CIPE;
2. Evitando le duplicazioni nell'intervento della Corte dei Conti;
3. Rivedendo il ruolo del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici.

Inoltre, la normativa attuale pone a carico della stazione appaltante una serie di adempimenti per la localizzazione delle opere pubbliche che possono portare ad un iter non solo complesso, ma temporalmente lungo. Occorre quindi operare per velocizzare le procedure di localizzazione e approvazione dei progetti delle opere pubbliche e quindi la loro cantierizzazione, intervenendo su alcune incertezze normative che rendono più complessa l'attività della stazione appaltante.

In particolare è necessario un coordinamento tra l'art. 27 del D.lgs. 50/2016 e quegli istituti che hanno un ruolo fondamentale in tale disciplina, ossia la conferenza di servizi e la valutazione d'impatto ambientale. Tali istituti hanno subito infatti modifiche successivamente all'entrata in vigore del D.lgs. 50/2016 da parte dei seguenti provvedimenti:

- D.lgs. 127/2016 "Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124";
- D.lgs. 104/2017 "Attuazione della direttiva 2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che modifica la direttiva 2011/92/UE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati".

Sarebbe, inoltre, opportuno intervenire sulla localizzazione delle opere pubbliche di interesse statale la cui disciplina è ancora contenuta nel D.P.R. 18 aprile 1994, n. 383 ai sensi della quale il perfezionamento dell'intesa Stato - Regione sulla localizzazione di un'opera pubblica avviene, ad ogni fine urbanistico ed edilizio, sul progetto definitivo piuttosto che sul progetto di fattibilità tecnica ed economica come ora previsto all'articolo 27 del D.lgs. 50/5016.

*Articolo 204, comma 1, lett. b) e d)*

**Rito c.d. super speciale - Impugnazione immediata delle ammissioni alla procedura di gara (Modifiche all'articolo 120, commi 2-bis e 6-bis, del codice del processo amministrativo)**

- 1) ricorso al rito super accelerato per impugnare i provvedimenti di esclusione e di ammissione alla gara;
- 2) obbligo di immediata impugnazione delle ammissioni, con effetto preclusivo di successive impugnazioni nelle fasi successive.

Si propone l'abolizione del rito super-accelerato in ordine al disposto di cui all'art.29 co.1 D.lgs.50/2016 in combinato disposto con l'art.120 co.2-bis delCPA: l'impugnazione immediata delle ammissioni/esclusioni dei concorrenti all'esito della verifica dei requisiti di ordine generale limita grandemente l'effettiva tutela e l'accesso alla giustizia amministrativa, comprimendo eccessivamente i tempi di difesa così come con l'incremento dei costi di accesso. A tal proposito basta considerare l'entità del contributo unificato, di ingente importo soprattutto in ambito di affidamenti pubblici di valore non elevato.

*Articoli 205, 206, 207, 209*

## **Contenzioso**

Negli ultimi anni sono state approvate misure di contenimento del contenzioso negli appalti quali:

1. il c.d. rito super accelerato per gli appalti che prevede l'obbligo di impugnare il provvedimento di ammissione (altrui) o di esclusione (propria) entro 30 gg dalla pubblicazione da parte del committente;
2. l'incremento dei costi dei ricorsi;
3. le penalizzazioni collegate alla condanna per lite temeraria.

Gli effetti deflattivi di tali misure, soprattutto in relazione all'affidamento, sono stati evidenziati dall'analisi di impatto svolta dal Consiglio di Stato.

Occorrerebbe ora provare a individuare strumenti di maggior collaborazione tra committente e impresa in fase di esecuzione che possano invece contribuire alla riduzione del futuro contenzioso, molto pesante in tale fase.

Pertanto è necessario potenziare gli strumenti di tutela alternativi al contenzioso giudiziario, in primo luogo attraverso la valorizzazione dell'istituto dell'accordo bonario.

L'obiettivo è di rendere più funzionale tale istituto dettando regole chiare che possono risultare il miglior rimedio nell'ottica, ormai costantemente perseguita dai più recenti interventi legislativi, di favorire la deflazione del contenzioso giurisdizionale.

In particolare si propone l'abrogazione del comma 6-bis dell'art.205 e il ripristino della commissione a tre membri da nominarsi liberamente al posto del commissario unico.

Inoltre, si propone di ripristinare l'utilizzo della transazione come in precedenza a tutti i casi di diritti transigibili previsti dal codice civile, senza limitazioni.

Le suddette correzioni sembrano anche coerenti con il quadro delineato dalle nuove disposizioni europee, dalle quali emerge un mutamento di prospettiva, con una virata nella direzione di "restituire" una certa discrezionalità alle stazioni appaltanti.

Anche la reintroduzione del collegio consultivo tecnico (ex articolo 207), figura mutuata dalla disciplina internazionale FiDiC e troppo velocemente accantonata dal nostro legislatore, sarebbe un altro importante passo in tale direzione.

Inoltre, occorre revisionare l'articolo 209 sull'arbitrato per rendere tale strumento utilizzabile, anche rafforzando il ruolo dell'ANAC in merito alla composizione del collegio.

Infine, occorre procedere all'eliminazione della norma che limita la possibilità di iscrivere riserve su aspetti progettuali validati, non potendo l'appaltatore scontare gli effetti di eventuali errori progettuali (art. 205, comma 1).

*Articolo 211, comma 1*

## **Pareri di precontenzioso**

*Disciplina dei pareri di precontenzioso*

*Tempi*

*Rafforzamento del ruolo dell'Anac*

*Effetto deflattivo*

*Potere di impugnativa*

Il D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 reca la disciplina della funzione “precontenziosa” dell’ANAC, diretta alla composizione e alla prevenzione delle controversie in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici. La stessa disposizione, poi, statuisce la proponibilità del ricorso giurisdizionale avverso le determinazioni conclusive del precontenzioso, “ai sensi dell’art. 120 del C.P.A.”, chiarendo quindi che i rimedi previsti dall’art. 211 non sono, in realtà, alternativi alla tutela giurisdizionale.

Il ché, oltre a non risultare del tutto in linea con la finalità deflattiva del contenzioso che l’istituto, tra l’altro, mira a realizzare, produce l’effetto di consentire l’accesso alla tutela giudiziale in ordine a profili per i quali sarebbero spirati i termini decadenziali previsti nel codice del processo amministrativo. Basti pensare, in proposito, agli stringenti termini sanciti dall’art. 120 del C.P.A. a per le ipotesi ricadenti nel cd rito super accelerato. Con buona pace delle istanze acceleratorie dei termini di impugnazione e di definizione delle controversie che l’impianto processuale intende perseguire.

Le considerazioni che precedono inducono a porre in evidenza l’esigenza pratica di un raccordo della disciplina dei rimedi ex art 211 con la normativa processuale, soprattutto con riferimento ai termini di attivazione dell’iniziativa e di conclusione del procedimento.

### **Proposta sulla Governance dei servizi**

I contratti pubblici di servizi, pur costituendo la parte preponderante dei contratti pubblici, superando i contratti di lavori in termini di numero di procedure e volume di affidamenti (circa 59,4 miliardi di euro per i servizi a fronte di 23,1 miliardi per i lavori), non hanno sinora ricevuto un’attenzione adeguata, sia sul piano normativo, in quanto il Codice dei contratti pubblici è scritto “pensando” agli appalti/concessioni di lavori, sia sul piano delle politiche pubbliche. Eppure l’industria dei servizi ha una rilevanza strategica per l’economia nazionale, per lo sviluppo del Paese, sia perché in grado di portare innovazione e qualità, sia per l’entità e il numero delle imprese attive che operano nel settore e del personale addetto; occorre pertanto una maggiore “visibilità” di questo settore dei contratti pubblici, che deve avere nelle politiche di Governo uno spazio adeguato alla sua importanza, con una rappresentanza stabile nelle istituzioni che si faccia carico delle strategie da attuare e delle problematiche da risolvere. Si propone di dare visibilità e attenzione al settore, con una politica nazionale che permetta una definizione degli obiettivi, individuando un piano nazionale di contratti pubblici di servizi strategici e una *governance* che preveda un referente di Governo (presso il MIT o la Presidenza del Consiglio) dedicato ai servizi che istituisca un luogo di confronto stabile tra gli operatori, il decisore politico, le centrali di committenza e l’ANAC, e definisca e coordini la politica nazionale e le politiche di acquisto.

### **Responsabilità dei pubblici funzionari**

A fronte di un controllo della Corte dei Conti serio e rigoroso, ci devono essere, necessariamente, delle regole chiare e certe, che permettano ai funzionari pubblici di agire nella piena consapevolezza delle loro prerogative.

Soltanto il verificarsi di tali condizioni può fare in modo che i dipendenti pubblici siano incentivati ad una politica del fare.

Occorre quindi introdurre delle misure che escludano la responsabilità erariale dei dipendenti pubblici per colpa grave nel momento in cui gli stessi agiscano in conformità a sentenze, anche non definitive, pronunciate con riferimento al caso specifico o ad orientamenti giurisprudenziali consolidati; lo stesso

deve avvenire nell'ipotesi in cui i dipendenti operino in conformità alle indicazioni/raccomandazioni date dall'ANAC, nei diversi provvedimenti che possono essere adottati dalla stessa nell'esercizio delle sue funzioni.

Alle stesse condizioni, deve essere altresì escluso il reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) e, conseguentemente, la responsabilità civile dell'interessato in tal caso (salvo cioè che non consegua da altro reato).