

Schema correttivo del codice degli appalti



CONFINDUSTRIA
CISAMBIENTE

OSSERVAZIONI
CONFINDUSTRIA CISAMBIENTE

Sommario

Contenuto del documento	3
Il tema.....	3
Interesse per l'Associazione	3
Criticità.....	3
Proposte di modifica al tracciato normativo	3
Le osservazioni.....	5
In sintesi.....	5
Osservazioni di carattere generale.....	5
Introduzione	5
Le nostre Osservazioni sullo schema	5
Osservazioni di carattere particolare	7
Per esteso	12
a) Osservazioni di carattere generale.....	12
1. Necessario procrastinare l'entrata in vigore del correttivo	12
2. Esistono significative incongruenze tra i principi di cui al Libro I e la loro applicazione pratica	16
b) Osservazioni di carattere particolare	21
1. Abrogazione registro degli affidamenti in house presso ANAC.....	21
2. Art. 5, c.3 – Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.	22
3. Art. 11 - Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti (art. 11)	22
4. Art. 18 – Il contratto e la sua stipulazione.....	22
5. Art. 32 - Sistemi dinamici di acquisizione	23
6. Art. 36 - Norme procedurali e processuali in tema di accesso	23
7. Art. 41 - Livelli e contenuti della progettazione	24
8. Art. 50 – Procedure per l'affidamento	24
9. Art. 60 – Revisione prezzi	25
10 – Art. 68 – Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici.	27
11 - Art.70 – Procedure di scelta e relativi presupposti	27
12 – Art. 71 – Procedura aperta	28
13. Art. 72 – Procedura ristretta.	29
14 - Art.73 – Procedura competitiva con negoziazione	29
15 - Art. 76 – Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando	30
16 - Art.81 – Avvisi di pre-informazione.....	31
17 - Art.82 – Documenti di gara	31
18 - Art.91 – Domande, documento di gara unico europeo, offerte	31
19 - Art.92 – Fissazione dei termini per la presentazione delle domande e delle offerte	32
20 - Art.93 – Commissione giudicatrice.....	32

21 - Art.94 – Cause di esclusione automatica	32
22 - Art.99 – Verifica del possesso dei requisiti.....	33
23 - Art.102 – Impegni dell’operatore economico	33
24 - Art.106 – Garanzie per la partecipazione alla procedura.....	36
25- Art. 110 – Offerte anormalmente basse.	37
26 - Art. 125 - Anticipazione, modalità e termini di pagamento del corrispettivo.	37

Contenuto del documento

Il tema

In questo momento storico, è al vaglio/attenzione delle Commissioni di Camera e Senato, per la parte di propria competenza, l'atto legislativo che andrà ad intervenire sul c.d. "Codice degli Appalti" ("Schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici (articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78)").

Interesse per l'Associazione

A tal proposito la nostra Associazione è impegnata, secondo la disciplina fissata dall'atto, mediante le sue Aziende, nella realizzazione di gare ad evidenza pubblica che prevedono la possibilità di affidamento di servizi sulla base delle regole fissate dall'atto in parola.

Criticità

Tuttavia, a tale facoltà, prevista dalla stazione appaltante (comune o EGATO, laddove costituito), non si giunge qualora, secondo l'impianto normativo previsto sul punto (unicamente quello comunitario, dopo l'abrogazione di un atto normativo interno relativo alle forme di gestione), venga riscontrata l'assenza di un mercato.

La nostra Associazione ha denunciato l'assenza di una normativa che consenta di valutare compiutamente, secondo quanto indicato dalla normativa vigente, l'assenza di un mercato concorrenziale, tale da prediligere l'affidamento in house.

Proposte di modifica al tracciato normativo

La struttura dello Schema in parola prevede un'articolazione in varie parti. A titolo esemplificativo e non esaustivo, a sottolineare come le prescrizioni contenute, vadano opportunamente definite, si citano:

Articolo 3. Principio dell'accesso al mercato.

1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.

Si ritiene necessario specificare al meglio le modalità di attuazione del principio di imparzialità, tale da giustificare un maggiore ricorso al mercato, come da noi auspicato, che garantisca i maggiori benefici non solo per il privato (utenza del servizio), ma anche per il pubblico (stazione appaltante).

Articolo 9. Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.

1. Se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. Gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta.

Si ritiene necessario specificare al meglio le modalità attraverso le quali è possibile attuare il principio in parola, alla luce delle recenti circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea,

all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, con riferimento all'aumento indesiderato dei costi dovuti all'aumento dei costi unitari di erogazione/produzione dei servizi di igiene urbana/trattamento presso gli impianti, che l'autorità di regolamentazione competente ha saputo disciplinare solamente in parte.

Le osservazioni

In sintesi

Osservazioni di carattere generale

Introduzione

È evidente che, allo stato attuale, sulla base dei dati rilasciati dagli enti di settore, i tre quarti di tutti gli affidamenti pubblici avvengono senza pubblicità. Le gare aperte sono state solo il 18,72%. Il dato rivela come vi sia una chiusura sostanziale al libero mercato e alla concorrenza tra i migliori non sembra legata solo alla normativa emergenziale.

Occorre rispettare, al fine di una corretta riforma del codice degli appalti quanto richiesto dal Consiglio di Stato, per cui la reale riforma del medesimo, passa per il soddisfacimento di tre condizioni essenziali “non legislative”, che costituiscono peraltro l’oggetto di impegni in sede di PNRR: i) una adeguata formazione dei funzionari pubblici che saranno chiamati ad applicare il nuovo codice; ii) una selettiva riqualificazione delle stazioni appaltanti; iii) l’effettiva attuazione della digitalizzazione. Poiché, ad avviso del medesimo consiglio, tali obiettivi non sono stati raggiunti, si richiede di procrastinare almeno al 1° gennaio 2024 l’entrata in vigore del Nuovo Codice Appalti aprendo nel contempo Tavoli di confronto con gli stakeholder.

Le nostre Osservazioni sullo schema

Scendendo nel dettaglio, la struttura dello Schema in parola prevede un’articolazione in varie parti. A titolo esemplificativo e non esaustivo, a sottolineare come le prescrizioni contenute, vadano opportunamente definite, si citano:

- Articolo 3. Principio dell’accesso al mercato.
- Articolo 9. Principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale.

Si ritiene esse vadano opportunamente dettagliate (nel documento spieghiamo come)

1. Esistono significative incongruenze tra i principi di cui al Libro I e la loro applicazione pratica

1.1. Innanzitutto, se da un lato si prevede la garanzia di accesso al mercato (v.art. 3), dall’altro, nei fatti, al momento in cui si scrive, in rapporto alle modalità oggi previste circa l’espletamento delle procedure di affidamento, si ritiene ciò possa essere difficilmente realizzato.

1.1.1. Si ritiene eccessiva la soglia eccessiva per effettuare gli affidamenti senza gara, per cui viene alterato il principio dell’accesso al mercato riportato nell’art. 3.

1.1.2. Possibilità di invitare solo 5 Operatori limita la concorrenza nella maggior parte dei territori - Si propone l’obbligatorietà di effettuare una manifestazione di interesse escludendo – o limitando fortemente – la possibilità di effettuare procedure ad invito.

1.1.3. Si ritiene che non venga attribuito il giusto rilievo, nella selezione dell’offerta, agli standard qualitativi del servizio: sarebbe preferibile sempre effettuare una procedura con offerta economicamente più vantaggiosa e non anche una a massimo ribasso

1.1.4. Necessario prevede un giusto lasso di tempo dalla pubblicazione di un avviso o Bando e l’indizione di una gara: Si ritiene che il tempo congruo sia pari ad almeno 30 giorni di tempo dalla pubblicazione del bando.

1.2. L’enunciazione dei principi è troppo generica e può generare contenziosi

3. E' evidente che, allo stato attuale, sulla base dei dati rilasciati dagli enti di settore, i tre quarti di tutti gli affidamenti pubblici avvengono senza pubblicità. Le gare aperte sono state solo il 18,72%. Il dato rivela come vi sia una chiusura sostanziale al libero mercato e alla concorrenza tra i migliori non sembra legata solo alla normativa emergenziale. Appare purtroppo profondamente innervata nella Pubblica Amministrazione. A riprova, i dati del 2017 della Commissione Parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni, nell'analisi delle gare d'appalto pubbliche nel settore dell'IT.

Osservazioni di carattere particolare

1. Abrogazione registro degli affidamenti in house presso ANAC

Lo schema prevede l'abrogazione del registro degli affidamenti in house; togliere l'elenco delle amministrazioni e degli enti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house permettere il proliferare di tale forma di gestione; si ritiene necessaria la sua conservazione.

2. Articolo 5, c.2 – Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.

In merito ai Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5, c.3), In base alla lettura dell'art. 5, c.3, per cui "In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti." così come enunciato può generare contenziosi tra amministrazioni e operatori

3. Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti (art. 11)

Si ritiene auspicabile, in merito al Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore di cui all'art. 11, che venga inserito un termine entro il quale le Stazioni Appaltanti sono obbligate a rilasciare la verifica di conformità del servizio.

4. Art. 18 - Il contratto e la sua stipulazione

Si ritiene opportuno prevedere una qualche forma di penalità per quelle Amministrazioni Pubbliche che non stipulano contratti entro dei termini prefissati. Ad esempio, nel caso in cui non venga stipulato il contratto entro 90 giorni dall'aggiudicazione, la S.A. non può richiedere che vengano effettuate le migliorie di cui alla relazione tecnica in caso di affidamento tramite procedura con offerta economicamente più vantaggiosa e di conseguenza non possono irrorare le penali da queste scaturenti (salvo contenziosi, ricorsi e/o altre controversie in atto per le quali il termine dei 90 giorni risulta sospeso).

5. Art. 32 – Sistemi dinamici di acquisizione

Si richiede che il termine massimo per la ricezione delle domande sia pari a 30 giorni, laddove non siano stati pubblicati tutti i documenti tecnici, affinché gli Operatori possano prendere contezza adeguatamente delle richieste delle stazioni appaltanti.

6. Art. 36 - Norme procedurali e processuali in tema di accesso.

Si richiede, in merito alla possibilità di visione da parte di tutti i partecipanti dell'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario l'esistenza di un comprovato interesse.

In relazione alla possibilità automatica ai primi 5 operatori di accedere alle offerte da questi presentate, si ritiene necessario prevedere sempre il meccanismo relativo alle richieste di accesso agli atti ed avere un comprovato interesse per poter accedere all'offerta degli altri concorrenti.

In merito al c.6, si richiede che esso venga meglio specificato, ed in particolare chiarito se si tratti del caso di impugnazione del rigetto dell'atto di oscuramento.

7. Art. 41 - Livelli e contenuti della progettazione

In relazione a livelli e contenuti della progettazione, non è opportuno che i costi della manodopera siano soggetti a ribasso; si richiede l'eliminazione di tale prescrizione, in quanto fissare i costi della manodopera per legge limita la concorrenza e la libertà di organizzazione aziendale.

8. Art. 50 – Procedure per l'affidamento

Si ritiene opportuno, in merito alle soglie riguardanti le procedure di affidamento, rideterminare le stesse: sono troppo elevate rispetto alle procedure semplificate proposte; ed anche si richiede che venga meglio specificata la soglia di riferimento per la procedura negoziata senza bando (di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14), previa consultazione di almeno cinque operatori economici; non si comprende quale sia l'altra soglia di riferimento – dato che quale valore soglia è indicata solamente la cifra di 140.000 € per le stazioni appalti centrali e poi 215.000 € per le stazioni appalti subcentrali: quale è il range di riferimento?

9. Art. 60 – Revisione prezzi

In merito alla revisione dei prezzi, ritiene opportuno modificare le soglie indicate (“superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento della variazione stessa.”), al limite eliminare la prescrizione in quanto la clausola di revisione dei prezzi deve essere attivata automaticamente nel caso in cui il costo dell'opera, della fornitura o del servizio aumenti del 2% rispetto all'importo di aggiudicazione (come da obiettivo di stabilità dei prezzi indicato dalla BCE), salvo sia indicata negli atti di gara una previsione più favorevole per l'esecutore dell'appalto. In merito alle clausole di revisione del prezzo, che si prevede non debbano apportare modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro, allorché si chiarisce che si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, non si ritiene opportuno precisare che esse “non (siano) prevedibili al momento della formulazione dell'offerta”: per la natura degli appalti di servizi di lunga durata, quali tipicamente sono quelli aventi ad oggetto la raccolta ove il trasporto dei rifiuti urbani (mediamente: 5 – 7 anni), piuttosto che prevedere una “clausola di revisione”, sarebbe opportuno inserire una “clausola di indicizzazione”. In particolare si ritiene opportuno, al c.2 dell'articolo in parola, chiarire che “per i soli appalti di servizi in cui l'incidenza della manodopera è pari ad almeno il 50 per cento dell'importo totale del contratto, la clausola di revisione del prezzo è sostituita da una clausola di indicizzazione”, precisando, nel successivo comma 3, che “Nelle more dell'approvazione degli indici che consentono tale indicizzazione – es. indice FOI elaborato da ISTAT - le stazioni appaltanti utilizzano, anche fuori dei casi ivi previsti, gli indici di cui al secondo periodo del comma 2.

10 – Art. 68 – Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici.

In merito ai Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici, sarebbe meglio aggiungere “In caso di aggiudicazione il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata.” al fine di evitare equivoci; mentre in merito alla possibilità di ammettere raggruppamenti e i consorzi ordinari di operatori economici inesistenti sarebbe preferibile indicare una quota minima di partecipazione in una ATI/RTI e che alcuni criteri di selezione possano essere richiesti alla Capogruppo e per questo essere indivisibili.

11 - Art.70 – Procedure di scelta e relativi presupposti

In merito al numero minimo di candidati (non può essere inferiore a cinque nelle procedure ristrette e a tre nelle altre procedure), si ritiene opportuno ampliare il numero di partecipanti nelle procedure.

12 – Art. 71 – Procedura aperta

In merito alla procedura aperta, laddove si reca che il termine minimo per la ricezione delle offerte è di 30 giorni dalla data di trasmissione pubblicazione del bando di gara e le offerte sono accompagnate dalle informazioni richieste dalla stazione appaltante, si ritiene necessario apportare modifiche alle tempistiche sopra indicate in ragione della garanzia di tempi certi e congrui che consentano di aumentare la qualità delle offerte presentate. In merito all'avviso di pre-informazione, si ritiene esso sia superfluo, laddove non pubblicizzato a dovere, in quanto può generare una limitazione della concorrenza ed asimmetrie nel mercato.

Laddove si conservi l'istituto, si ritiene necessario contenga tutte le informazioni richieste per il bando di gara.

13. Articolo 72 – Procedura ristretta.

In merito alla procedura ristretta, si ritiene opportuno che l'avviso di pre-informazione si debba pubblicare in GURI, e non anche sull'albo pretorio, o sul sito dell'ente o mediante strumenti simili.

14 - Art.73 – Procedura competitiva con negoziazione

A riguardo della procedura competitiva con negoziazione, così come per i termini di cui alla procedura aperta, laddove si reca che il termine minimo per la ricezione delle offerte, si ritiene necessario apportare modifiche alle tempistiche sopra indicate in ragione della garanzia di tempi certi e congrui che consentano di aumentare la qualità delle offerte presentate.

15 - Art. 76 – Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando

In merito alla Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, fra le condizioni per cui una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata, si ritiene opportuno precisare che tale evento non debba essere dovuto ad un importo non congruo della base di gara o a condizioni troppo limitanti per gli operatori economici.

16 - Art.81 – Avvisi di pre-informazione

In merito agli avvisi di pre-informazione, si ritiene opportuno, nell'articolo in parola, precisare che possono essere utilizzati per indire procedure aperte, a condizione che siano già indicati tutti i requisiti necessari per partecipare e sono allegati tutti i documenti tecnici necessari per la presentazione dell'offerta

17 - Art.82 – Documenti di gara

Con l'art. 82, recante "Documenti di gara", si ritiene opportuno aggiungere, al fine di evitare contenziosi, in caso di contrasto o contraddittorietà tra le disposizioni dei documenti di gara, debba essere rispettato l'ordine di cui al comma 1) (a) il bando, l'avviso di gara o la lettera d'invito; b) il disciplinare di gara; c) il capitolato speciale; d) le condizioni contrattuali proposte).

18 - Art.91 – Domande, documento di gara unico europeo, offerte

In merito ai documenti da compilare sulle piattaforme di indizione delle gare. si ritiene una soluzione poco praticabile quella di fornire un elenco puntuale, in quanto i documenti pubblicati dalle S.A. contengono una miriade di inesattezza, incongruenze, refusi. Si ritiene necessario poter integrare suddetti documenti.

19 - Art.92 – Fissazione dei termini per la presentazione delle domande e delle offerte

In merito alla fissazione dei termini per la presentazione delle domande e delle offerte da parte delle stazioni appaltanti, in relazione alla complessità dell'appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte, occorre anche precisare che ciò deve essere fatto contemplando i tempi di risposta ai quesiti posti dagli operatori economici entro i termini indicati nel Bando, prevedendo dei meccanismi automatici di adeguamento a tale scopo.

20 - Art.93 – Commissione giudicatrice.

Con l'art. 93, che offre prescrizioni riguardanti la Commissione giudicatrice, si ritiene opportuno prescrivere un termine per la nomina e per i lavori della commissione (entro un mese dalla presentazione delle offerte ed entro 6 mesi devono finire i lavori), al fine di consentire le maggiori certezze per gli operatori coinvolti.

21 - Art.94 – Cause di esclusione automatica

In merito alle clausole di esclusione automatica si ritiene necessario specificare meglio alcune prescrizioni, ed in particolare: A) se, qualora vi siano soggetti per cui si verifica una delle cause di esclusione, sia sufficiente escluderli affinché la società possa partecipare alla gara; b) laddove, al comma 4) si prescrive “nel caso in cui il socio sia una persona giuridica.....” si intende in caso di socio unico o di tutti i soci?

22 - Art.99 – Verifica del possesso dei requisiti

In merito alla “Verifica del possesso dei requisiti” da parte della Commissione a riguardo degli operatori, sarebbe opportuno inserire la previsione per cui essi possono essere acquisiti tramite interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del decreto legislativo n. 82 del 2005 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni.

23 - Art.102 – Impegni dell'operatore economico

1. In merito agli Impegni previsti per l'operatore economico, a riguardo della possibilità di garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato si ritiene opportuno inserire anche che la richiesta di garanzia di stabilità occupazionale debba comunque essere bilanciata dalla possibilità dell'operatore di verificarla in funzione della propria organizzazione aziendale.

2. Si ritiene che l'espressione “garantire la stabilità occupazionale” (c.1, lett. a)), sia troppo generica e per questo corre il rischio di essere intesa nel senso di attribuire al lavoratore una sorta di diritto intangibile al posto di lavoro, a prescindere dalle evenienze del singolo appalto, ivi compresa la sua durata o le sue modifiche, anche in chiave riduttiva, disposte dalla stazione appaltante .

3. Si ritiene che, in merito alla previsione secondo cui, tra tutti i c.c.n.l. astrattamente riferibili al singolo appalto (c.1, lett. b)), deve “tenere conto” “di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”: sia superflua e foriera di equivoci circa una supposta “gerarchia” tra i vari c.c.n.l. Inoltre, il testo pone a carico dell'appaltatore il fatto del terzo subappaltatore, laddove fa assumere al primo l'obbligo di “garantire” (sic) che anche il secondo applichi ai propri dipendenti le stesse tutele economiche e normative assicurate ai lavoratori dell'appaltatore.

24 - Art.106 – Garanzie per la partecipazione alla procedura

In merito alle Garanzie per la partecipazione alla procedura, si ritiene necessario reintrodurre gli schemi di riduzioni delle garanzie del D.Lgs 50/2016, in presenza di standard qualitativi.

In particolare in merito all'importo delle garanzie, si ritiene che l'articolo (al comma 8) vada a discriminare, in modo ingiustificato le grandi imprese dalle altre, eliminando la attuale disciplina, che prevede una riduzione tra il 50% e il 20% a favore di chi sia in possesso delle certificazioni di qualità, così disincentivando l'operatore economico a dotarsi di tali certificazioni, oltre a rendere difficoltosa e comunque troppo onerosa la produzione di garanzia per importi così significativi. Si propone, quindi, di ristabilire la previsione dell'attuale codice (art. 93).

25- Art. 110 – Offerte anormalmente basse.

Si propone, in merito ai criteri oggettivi per determinare l'anomalia dell'offerta, di ripristinare quello antecedente, con riferimento a quello oggettivo: così facendo si presume che ciò vada a ledere la concorrenza, in quanto, in presenza di discrezionalità da parte della stazione appaltante, questa non esiti a ricorrervi, essendo noto che l'interesse della stazione appaltante è spesso negativamente condizionato dall'esigenza di contenere il costo dell'appalto, con la conseguenza di prendere per buona, quale che sia, l'offerta economicamente più conveniente.

26 - Art. 125. Anticipazione, modalità e termini di pagamento del corrispettivo.

Da ultimo, in merito alle prescrizioni riguardanti Anticipazione, modalità e termini di pagamento del corrispettivo, si ritiene utile la soppressione del passaggio: "Per i contratti pluriennali l'importo dell'anticipazione deve essere calcolato sul valore delle prestazioni di ciascuna annualità contabile, stabilita nel cronoprogramma dei pagamenti". Infatti, nei contratti di appalto nei quali sono previsti investimenti significativi – e tra questi tipicamente gli appalti di raccolta e trasporto che implicano l'acquisto di nuovi mezzi per adeguarsi ai Criteri Ambientali Minimi (CAM) – solo se l'anticipazione è ragguagliata all'intera durata assolve alla funzione che le è tipica (c.d. incantieramento).

Per esteso

a) Osservazioni di carattere generale

1. Necessario procrastinare l'entrata in vigore del correttivo

Occorre rispettare, al fine di una corretta riforma del codice degli appalti quanto richiesto dal Consiglio di Stato, per cui la reale riforma del medesimo, passa per il soddisfacimento di tre condizioni essenziali "non legislative", che costituiscono peraltro l'oggetto di impegni in sede di PNRR: i) una adeguata formazione dei funzionari pubblici che saranno chiamati ad applicare il nuovo codice; ii) una selettiva riqualificazione delle stazioni appaltanti; iii) l'effettiva attuazione della digitalizzazione. Si suggerisce di procrastinare almeno al 1° gennaio 2024 l'entrata in vigore del Nuovo Codice Appalti aprendo nel contempo Tavoli di confronto con gli stakeholder.

Se il PNRR fosse una competizione di Formula 1 cui la squadra della PA volesse gareggiare con chance di successo, sarebbe necessario disporre di una ottima messa a punto dei mezzi, di un grande coordinamento e affiatamento nei team, di piloti capaci frutto di una selezione severa.

Fuor di metafora, facciamo nostre le parole del Consiglio di Stato:

"... la legge, anche se riordinata e semplificata grazie a un codice, è un elemento necessario ma non sufficiente per una riforma di successo, giacché tutte le riforme iniziano "dopo" la loro pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e si realizzano soltanto se le norme sono effettivamente attuate "in concreto". Emblematico in questa prospettiva è il caso dei contratti pubblici, per la cui reale riforma occorre avverare, attraverso una intensa attività operativa, almeno tre condizioni essenziali "non legislative", che costituiscono peraltro l'oggetto di impegni in sede di PNRR: i) una adeguata formazione dei funzionari pubblici che saranno chiamati ad applicare il nuovo codice; ii) una selettiva riqualificazione delle stazioni appaltanti; iii) l'effettiva attuazione della digitalizzazione, consentendo, pur nel rispetto di tutte le regole di sicurezza, una piena interoperabilità delle banche dati pubbliche..."¹.

Il testo sopra riportato è tratto dalla Relazione di accompagnamento redatta dal Consiglio di Stato nel rilasciare la versione definitiva della bozza del Nuovo Codice Appalti ora in esame.

Qual è lo stato attuale della Pubblica Amministrazione in merito alle tre condizioni essenziali "non legislative" indicate: formazione dei funzionari, riqualificazione delle stazioni appaltanti, digitalizzazione?

1.1. Formazione dei funzionari

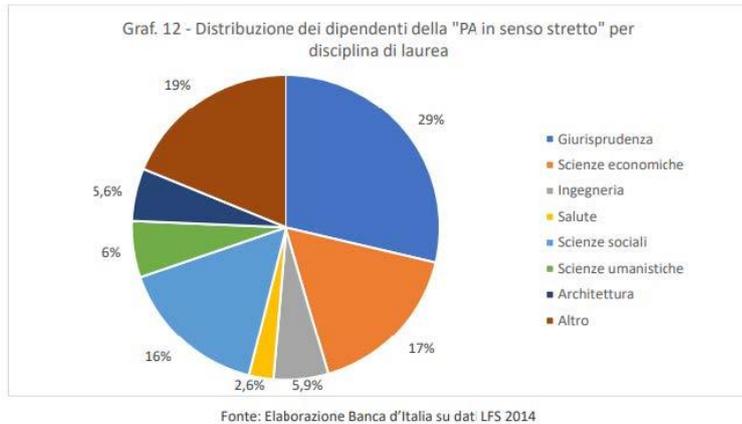
"... Nel 2020, il primo anno della pandemia da Covid-19, la formazione del personale delle pubbliche amministrazioni ha fatto registrare, nel complesso, una flessione rispetto all'anno precedente. In media, ciascun dipendente pubblico è stato formato per meno di una giornata lavorativa. i giorni dedicati alla formazione nell'arco del 2020 da parte degli oltre 3 milioni di dipendenti pubblici italiani sono stati 2,6 milioni (circa 6 ore in media per dipendente).

Con riguardo ai contenuti, l'offerta formativa erogata alle pubbliche amministrazioni è stata, in prevalenza, di tipo "tradizionale": il 45,2% delle attività formative ha avuto ad oggetto materie tecnico-specialistiche, il 30,9% materie istituzionali e giuridico-normative. Solo il 5,3 % della formazione ha riguardato le competenze informatiche di base, ovvero le competenze digitali trasversali che dovrebbero appartenere a tutti i

¹ V. Relazione al Codice dei contratti pubblici – elaborato dal Consiglio di Stato, pag. 10 [NDR: il testo grassetto è dell'estensore delle presenti note]

dipendenti pubblici al fine di garantire il processo di sviluppo e innovamento delle pubbliche amministrazioni... ”².

Il 10 gennaio 2022 è stato presentato il Programma “RI-FORMARE LA PA - Persone qualificate per qualificare il Paese - Piano strategico per la valorizzazione e lo sviluppo del capitale umano della Pubblica amministrazione”.



Nel corso della presentazione è stato presentato il grafico³ in Figura 1.

Al di là dei contenuti, colpisce che la fonte riporti dati del 2014.

La citazione di un dato che risale a otto anni prima in una presentazione firmata dal Dipartimento della funzione pubblica segnala, più di ogni altra considerazione, un cospicuo ritardo strutturale di conoscenza e controllo di dati di base.

Figura 1 - Distribuzione dipendenti per disciplina di laurea - 2014

Stiamo correndo ai ripari, ma è opportuno rilevare che la prima delle precondizioni indicate dal Consiglio di Stato per attuare con successo la riforma del Codice Appalti allo stato attuale non sussiste.

I target PNRR sono:

- Formazione e riqualificazione di almeno 750.000 dipendenti delle PA, di cui 350.000 delle PA centrali (2026)
- Certificazione dei risultati della formazione per almeno il 70% dei dipendenti

Lo sforzo da compiere sulla formazione è imponente.

L’urgenza di compierlo non può però far dimenticare quanto sottolineato da ANAC appena pochi mesi fa, in merito all’importanza di selezionare in modo serio i funzionari, anche come primo presidio anticorruzione.

“... Uno dei principali presidi contro la corruzione è certamente la creazione di una pubblica amministrazione capace di rispondere con prontezza ed efficacia alle esigenze dei cittadini, garantendo quel buon andamento che, insieme all’imparzialità, ci è richiesto dall’art. 97 della Costituzione. A tal fine, occorrono innanzitutto politiche di rinnovamento generazionale dei funzionari pubblici, in grado di attrarre i migliori talenti, premiando merito e competenza, rafforzando così il vero capitale delle amministrazioni.

Le persone capaci non solo adempiono correttamente ai propri compiti, ma sono anche in grado di vigilare e di operare al servizio del bene comune, consci del proprio valore, senza essere tentati di sopperire alle proprie mancanze sottomettendosi a richieste irricevibili.

Ben vengano, dunque, gli sforzi con i quali si sta cercando di far fronte alle gravi carenze di organico accumulate negli anni, sia nell’amministrazione statale, che negli enti territoriali. Attenzione, però, ad evitare che l’accelerazione delle procedure di reclutamento finisca per pesare sul rigore delle selezioni e, quindi, influire sulla qualità dell’agire pubblico nel lungo termine.

² V. “I dati sulla formazione nella PA nel 2020 nel conto annuale del MEF” – 18/7/2022 -

<https://www.competenzedigitali.gov.it/news/i-dati-sulla-formazione-nella-pa-nel-2020-nel-conto-annuale-del-mef.html>

³ V. https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/20220110_Progetto_Formazione.pdf pag. 13

In questo senso, appaiono poco lungimiranti alcune proposte, anche recenti, di stabilizzare per legge i dirigenti, scelti unicamente su decisione discrezionale del vertice politico o amministrativo, al di fuori delle selezioni concorsuali, privilegiate invece dalla nostra Carta fondamentale...⁴.

1.2. Riqualificazione delle stazioni appaltanti

Al 18 gennaio 2023 erano attive 40.572 Stazioni Appaltanti. In allegato la Tabella, nostra elaborazione dai Dataset⁵ ANAC, li elenca per natura giuridica.

“...Tra le cause di inefficienza e di sprechi di risorse pubbliche, nonché di possibile corruzione, vi è senza dubbio la scarsa professionalizzazione di chi acquista, e l'eccessiva dispersione dei soggetti acquirenti in un numero altissimo e non funzionali di stazioni acquirenti. Anac ha individuato i criteri per la qualificazione delle stazioni appaltanti, delineando aspetti di qualità, efficienza, professionalizzazione, che portino ad un accorpamento della domanda, e ad una riduzione conseguente del loro numero. In sostanza, chi è in grado di fare acquisti per dimensioni e capacità professionali, procederà ad acquistare. Gli altri saranno spinti ad accorparsi, o a rivolgersi a quelle in grado di farlo. Oggi in Italia esistono più di 39.000 stazioni appaltanti e centrali di committenza, con oltre 100.000 centri di spesa, dove ciascuno bandisce gare e gestisce appalti, pur senza averne le competenze economiche, informatiche e dimensioni operative di scala per spuntare prezzi favorevoli e svolgere le gare al meglio per l'interesse pubblico... ”⁶.

Con la Delibera 441 del **28 settembre 2022**, Anac ha approvato le Linee guida Attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza.

Allo stato attuale sono qualificati di diritto il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, CONSIP S.p.a., INVITALIA - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a., Difesa servizi S.p.A., Agenzia del Demanio, Sport e salute Spa, nonché i soggetti aggregatori di cui articolo 9 del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89. A tali soggetti non si applicano, quindi, le Linee guida.

Sono qualificate con riserva, con le modalità indicate all'articolo 12, le stazioni uniche appaltanti delle città metropolitane e delle province.

Gli obiettivi della Riforma di riqualificazione sono:

1. riduzione delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento ai comuni, centralizzando il più possibile gli acquisti per spuntare prezzi migliori;
2. rafforzamento e qualificazione delle stesse, arginando deficit organizzativi e di professionalità dovuti all'eccessiva frammentazione;
3. applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione, realizzando un accorpamento della domanda;
4. istituzione dell'anagrafe unica delle stazioni appaltanti, inserendole secondo il livello di qualifica in possesso, e la loro provata capacità di acquisire beni, servizi e lavori, oltre che sulla base delle strutture organizzative stabili per l'acquisto, del personale presente con specifiche competenze, e del numero di gare svolte nell'ultimo quinquennio.

Si tratta di uno dei punti qualificanti del PNRR, premessa fondamentale per poi varare la riforma del nuovo Codice degli Appalti.

⁴ ANAC - Relazione annuale 2021 - Presentazione del Presidente Avv. Giuseppe Busia - Camera dei deputati Roma, 23 giugno 2022 – Pag. 5.

⁵ <https://dati.anticorruzione.it/opendata/opendata/dataset/stazioni-appaltanti>

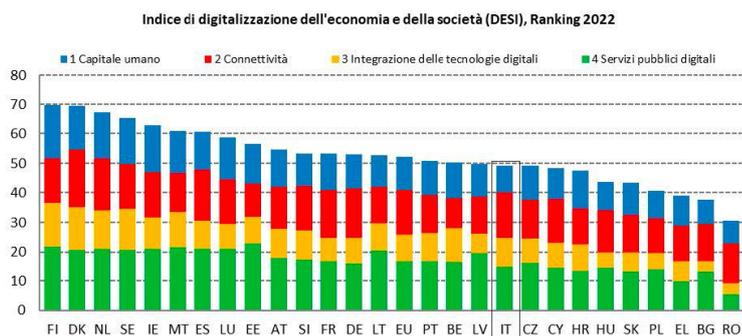
⁶ V. <https://www.anticorruzione.it/-/relazione-annuale-di-anac-al-parlamento-in-diretta-dalla-camera-oggi-23-giugno>

Per quanto l'attuazione di tali linee guida preveda fasi progressive, stante la situazione generale delle stazioni appaltanti, appare opportuna molta cautela prima di far entrare in vigore la riforma della disciplina dei contratti pubblici.

1.3. Digitalizzazione

Il termine digitalizzazione ricorre 13 volte nel testo del NCA, (di cui 11 nell'articolato)

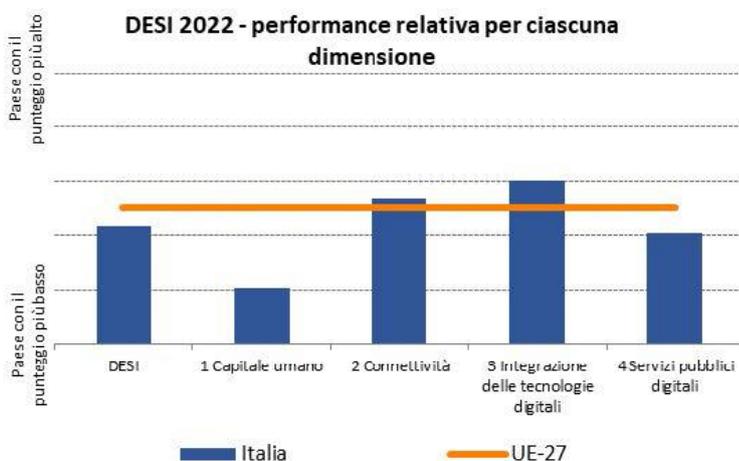
Il PNRR dell'Italia, che è il più cospicuo dell'intera Unione europea, ammonta a 191,5 miliardi di euro. Il 25,1 % di tale importo (ossia 48 miliardi di euro) è destinato alla transizione digitale⁷.



Per l'edizione 2022 dell'indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI) l'Italia si colloca al 18° posto fra i 27 Stati membri dell'UE.

Poiché l'Italia è la terza economia dell'UE per dimensioni, i progressi che essa compirà nei prossimi anni nella trasformazione digitale saranno cruciali

per consentire all'intera UE di conseguire gli obiettivi del decennio digitale per il 2030.



Dagli indicatori di quest'anno emerge che l'Italia sta colmando il divario rispetto all'Unione europea in fatto di competenze digitali di base; ancor oggi però oltre la metà dei cittadini italiani non dispone neppure di competenze digitali di base.

La percentuale degli specialisti digitali nella forza lavoro italiana è inferiore alla media dell'UE e le prospettive per il futuro sono indebolite dai modesti tassi di iscrizione e laurea nel settore delle TIC.

Se si desidera che l'UE consegua l'obiettivo del decennio digitale in termini di competenze digitali di base e specialisti TIC, è assolutamente necessario un deciso cambio di passo nella preparazione dell'Italia in materia di competenze digitali.

Possiamo azzardare che in tutte queste precondizioni la Pubblica Amministrazione appare in ampio ritardo. La fretta con cui ci si sta muovendo per giungere alla rapida approvazione del NCA rischia di ottenere l'opposto in termini di risultati positivi per l'interesse pubblico e per il Paese. Si propone di procrastinare almeno al 1° gennaio 2024 l'entrata in vigore del Nuovo Codice Appalti aprendo nel contempo Tavoli di confronto con gli stakeholder.

⁷ V. "Indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI) 2022 – Italia – Commissione Europea – pag. 5

2. Esistono significative incongruenze tra i principi di cui al Libro I e la loro applicazione pratica

2.1. Innanzitutto, se da un lato si prevede la garanzia di accesso al mercato (v.art. 3), dall'altro, nei fatti, al momento in cui si scrive, in rapporto alle modalità oggi previste circa l'espletamento delle procedure di affidamento, ciò non viene realizzato.

Innanzitutto, si rilevano alcune incongruenze sostanziali riscontrate tra:

- i Principi Generali enunciati nella prima parte della bozza del nuovo codice;
- l'applicazione di questi Principi nella pratica e nelle scelte delle modalità di affidamento degli appalti.

In primis preme sottolineare come vi sia una forte incongruità tra il Principio enunciato all'Art. 3 di accesso al mercato e quanto invece riportato in tutte le modalità di espletamento delle procedure di affidamento.

A riprova di tale affermazione, si elencano le seguenti criticità.

2.1.1. Si ritiene eccessiva la soglia eccessiva per effettuare gli affidamenti senza gara, per cui viene alterato il principio dell'accesso al mercato riportato nell'art. 3.

Le soglie indicate per gli affidamenti diretti sono troppo alte, alterando di conseguenza la natura stessa del principio dell'accesso al mercato (specialmente in funzione della normativa relativa alle modalità di affidamento senza pubblicazione del Bando); vi è un'indicazione non chiara di quale soglia debba essere considerata per la scelta di attivazione di una procedura rispetto ad un'altra essendo richiamato in alcuni articoli genericamente l'art.14.

2.1.2. Possibilità di invitare solo 5 Operatori limita la concorrenza nella maggiorparte dei territori - Si propone l'obbligatorietà di effettuare una manifestazione di interesse escludendo – o limitando fortemente – la possibilità di effettuare procedure ad invito.

In merito alla scelta dei contraenti:

- da un lato, in alcune zone territoriali la possibilità di invitare solo 5 operatori appare come sufficiente a garantire una partecipazione ampia;
- dall'altro lato, in altre zone territoriali limita fortemente la concorrenza e la possibilità per il pubblico di ottenere un risparmio economico ed un innalzamento degli standard qualitativi.

Proposta

Si propone l'obbligatorietà di effettuare una manifestazione di interesse escludendo – o limitando fortemente – la possibilità di effettuare procedure ad invito (se il numero degli operatori rispondenti alla manifestazione di interesse è maggiore di 5 si può effettuare invito a rotazione, sorteggio etc., o ampliare il numero fino a 10).

2.1.3. Si ritiene che non venga attribuito il giusto rilievo, nella selezione dell'offerta, agli standard qualitativi del servizio: sarebbe preferibile sempre effettuare una procedura con offerta economicamente più vantaggiosa e non anche una a massimo ribasso

Si ritiene che non venga dato il giusto rilievo per l'appunto agli standard qualitativi di un servizio.

Proposta

Pertanto, è preferibile sempre effettuare una procedura con offerta economicamente più vantaggiosa non a massimo ribasso.

2.1.4. **Necessario** prevede un giusto lasso di tempo dalla pubblicazione di un avviso o Bando e l'indizione di una gara: Si ritiene che il tempo congruo sia pari ad almeno 30 giorni di tempo dalla pubblicazione del bando.

Nell'espletamento delle gare, si ritiene necessario prevedere un giusto lasso di tempo dalla pubblicazione di un avviso o Bando e l'indizione di una gara (anche preavviso, o qualsiasi altra forma).

Proposta

Si ritiene che il tempo congruo sia pari ad almeno 30 giorni di tempo (salvo i casi di comprovata necessità) da pubblicazione del bando o dell'avviso – che deve essere pubblicato o su gazzetta ufficiale o su un portale dedicato (Ente terzo), non può essere pubblicato sull'Albo Pretorio di un Comune.

2.2. L'enunciazione dei principi è troppo generica e può generare contenziosi

In riferimento invece agli altri principi si evidenzia, che se pur per loro natura devono essere delle Linee Guida e un faro per il modus operandi degli operatori economici e delle pubbliche amministrazioni, la loro enunciazione risulta essere troppo generica o al contrario solo in parte dettagliata; in questo modo è molto più facile generare contenziosi.

3. Prevalenza degli affidamenti in house

È evidente che, allo stato attuale, sulla base dei dati rilasciati dagli enti di settore, i tre quarti di tutti gli affidamenti pubblici avvengono senza pubblicità. Le gare aperte sono state solo il 18,72%. Il dato rivela come vi sia una chiusura sostanziale al libero mercato e alla concorrenza tra i migliori non sembra legata solo alla normativa emergenziale. Appare purtroppo profondamente innervata nella Pubblica Amministrazione. A riprova, i dati del 2017 della Commissione Parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni, nell'analisi delle gare d'appalto pubbliche nel settore dell'IT.

Nel corso del triennio 2020/2022, come effetto dei decreti "Semplificazione", le gare nel settore ordinario hanno visto una crescita continua degli affidamenti diretti e delle procedure negoziate senza pubblicazione di bando.

I numeri sono imponenti:

Nel 2020 tale tipo di affidamento hanno rappresentato il 72,41% del totale delle procedure promosse, per salire al 74,99% nel 2021 e al 75,96% nel 2022. Per i lavori nel triennio le procedure senza pubblicità sono state l'89,42% e per i servizi l'81,06%.

La Tabella 1, nostra elaborazione da Dataset ANAC, riporta il dettaglio per tipologia di affidamento e oggetto del contratto (Forniture, Lavori e Servizi).

ANNO / Tipologia	FORNITURE	LAVORI	SERVIZI	Totale annuale
2020	104.684	63.004	86.743	254.431
affidamento diretto	18.454	29.711	36.297	84.462
negoziata	42.640	25.767	31.375	99.782
ristretta	16.150	1.081	2.147	19.378
aperta	27.392	6.402	16.850	50.644
altro	46	39	66	151
non classificato	2	4	8	14
2021	105.550	72.259	115.049	292.858
affidamento diretto	23.985	38.195	65.408	127.588
negoziata	35.673	27.614	28.743	92.030
ristretta	17.187	822	1.955	19.964
aperta	28.290	5.304	18.507	52.101
altro	43	54	77	174
non classificato	372	270	359	1.001
2022	102.816	71.042	111.380	285.238
affidamento diretto	30.955	37.891	68.931	137.777
negoziata	30.491	25.295	23.115	78.901
ristretta	12.863	684	1.595	15.142
aperta	28.412	7.087	17.578	53.077
altro	53	61	100	214
non classificato	42	24	61	127
Totale complessivo	313.050	206.305	313.172	832.527

Tabella 1 - Procedure per tipologia e oggetto del contratto - Triennio 2020/2022

Nel triennio 2020/2022 su un totale di 832.527 procedure svolte nei settori ordinari, ben 620.540 (74,54%) sono state esperite senza pubblicità.

In pratica, allo stato attuale, i tre quarti di tutti gli affidamenti pubblici avvengono senza pubblicità.

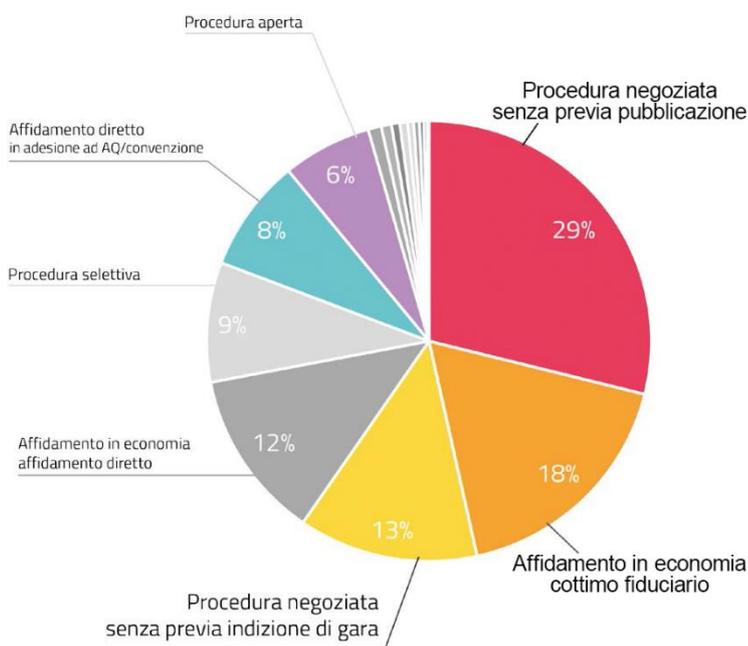
Le gare aperte sono state solo il 18,72%.

Questa chiusura sostanziale al libero mercato e alla concorrenza tra i migliori non sembra legata solo alla normativa emergenziale. Appare purtroppo profondamente innervata nella Pubblica Amministrazione.

Si veda in tal senso quanto evidenziato già nel 2017 dalla Commissione Parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni, nell'analisi delle gare d'appalto pubbliche nel settore dell'IT.

TIPOLOGIA DI SCELTA DEL CONTRAENTE PER NUMERO GARE

24.923 gare analizzate



Dall'analisi della Commissione risulta che nel periodo gennaio 2011/settembre 2017, su un dataset di 24.923 gare analizzate, per un totale di aggiudicazione di circa 20,5 miliardi di Euro, nell'85% dei casi (cioè 21.212) ha partecipato un solo fornitore (poi aggiudicatario) e metà delle gare sono state aggiudicate allo stesso importo con cui erano state bandite.

Le Pubbliche Amministrazioni hanno utilizzato per lo più tipologie di aggiudicazione che NON prevedono la concorrenza: procedura negoziata senza previa pubblicazione, affidamento in economia, affidamento diretto, procedura negoziata senza previa indizione di gara⁸. Come si può vedere dalla Figura 4, tali scelte in qualche modo limitative della concorrenza avevano riguardato circa il 72

% delle gare.

Figura 7 - Tipologia di scelta del contraente per numero di gare nel settore IT
Fonte: Commissione Parlamentare digitalizzazione PA (ottobre 2017)

Giuseppe Busia, Presidente dell'ANAC⁹, nell'ultima relazione al Parlamento, ha detto:

“La legge delega per il nuovo Codice degli Appalti dovrà traghettare verso un quadro normativo chiarificato, in cui si auspica che siano abbandonati taluni eccessi dettati dalle finalità della normativa emergenziale, dando nuovo impulso alla concorrenza e alla migliore gestione e spesa del denaro pubblico.

A maggior ragione considerando che il settore dei contratti pubblici nel 2021 ha visto una crescita con un aumento della spesa pubblica - registrato nel 2022 - pari a 199,4 miliardi di euro”.

⁸ V. Camera dei Deputati “commissione parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni e sugli investimenti complessivi riguardanti il settore delle tecnologie e della comunicazione” – Relazione sull'attività svolta – Doc XXII – bis N. 14 – Pag 45.

⁹ Anac, Relazione del Presidente Busia al Parlamento: “Servono stazioni appaltanti più qualificate” - <https://www.anticorruzione.it/-/relazione-annuale-di-anac-al-parlamento-in-diretta-dalla-camera-oggi-23-giugno> [NDR: il testo grassetto è dell'estensore delle presenti note]

Ci uniamo al Presidente di ANAC, Avv. Busià, nell'affermare che: "Occorre tornare alla gara aperta, al libero mercato, alla scelta dei migliori attraverso la gara, e non con appalti decisi per via discrezionale"¹⁰.

¹⁰ V. Nota 9

b) Osservazioni di carattere particolare

1. Abrogazione registro degli affidamenti in house presso ANAC

Lo schema prevede l'abrogazione del registro degli affidamenti in house; togliere l'elenco delle amministrazioni e degli enti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house permettere il proliferare di tale forma di gestione; si ritiene necessaria la sua conservazione.

1.1. il contenuto dell'art. 192, c.1 del D.Lgs. n. 50/2016

Un altro importante tema è quello della prevista abrogazione del registro degli affidamenti in house, previsto dall'art. 192, c.1 del Codice, per cui anche al fine di garantire "adeguati livelli di pubblicità e di trasparenza nei contratti pubblici" – l'istituzione, presso l'ANAC, di un "elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house".

1.2. L'osservazione

Si comprende l'idea di fondo di realizzare una semplificazione dell'attività amministrativa da parte del Legislatore.

Allo stesso tempo, si evidenzia come, nell'ambito di una situazione in cui il mercato privato degli affidamenti è palesemente svantaggiato rispetto a quello pubblico, così come peraltro sottolineato dall'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC), si tratta di un "vulnus per le imprese e per il mercato".

Condividiamo l'idea che la semplificazione sia solo formale e non sostanziale: dalla nostra prospettiva l'affidamento "in house" sia quello prediletto, e, soprattutto, le Stazioni appaltanti constatano l'assenza di un mercato (precondizione per svolgere tale modalità di affidamento), senza una reale indagine su di esso che giustifichi un affidamento senza gara.

Togliere l'elenco delle amministrazioni e degli enti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house, nato per vagliare preventivamente l'esistenza o meno dei presupposti necessari a giustificare la cosiddetta 'autoproduzione' di servizi senza ricorrere al mercato significa permettere il proliferare di tale forma di gestione; al contrario, includere le stesse in un siffatto elenco consentirebbe, innanzitutto, di individuare quegli affidamenti che rispettano le prescrizioni normative comunitarie sul punto, ed anche consentono di evitare responsabilità nei confronti degli enti locali ed eventuali forme di contenzioso.

2. Art. 5, c.3 – Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.

In base alla lettura dell'art. 5, c.3, per cui "In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti." così come enunciato può generare contenziosi tra amministrazioni e operatori.

Nel particolare l'art.5 al comma 3 così come enunciato può generare contenziosi tra amministrazioni e operatori per quanto attiene lo stesso incipit:

"In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti."

I ricorsi nel nostro settore sono all'ordine del giorno, così come scritto è fuorviante, ed espone gli operatori a possibili richieste di risarcimento danni ogni volta che si dovesse soccombere innanzi ad un ricorso di un terzo.

In generale è fondamentale inserire nel codice che le indicazioni/disposizioni/normative previste per i lavori, non possono essere applicate in maniera identica al settore dei servizi se non esplicitamente indicato o se non è indicata la metodologia/interpretazione del modus di applicazione della norma.

Ovvero se non esplicitamente indicato che deve essere applicato anche ai servizi si applica soltanto agli appalti inerenti i lavori in quanto i due settori sono profondamente diversi nelle metodologie esecutive degli affidamenti (come ad esempio garanzie per fine lavori, o garanzie a tutela degli impianti, certificati di collaudo, etc...).

3. Art. 11 - Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti (art. 11)

Si ritiene auspicabile, in merito al Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore di cui all'art. 11, che venga inserito un termine entro il quale le Stazioni Appaltanti sono obbligate a rilasciare la verifica di conformità del servizio.

In base all'art. 11, recante il "Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore", e a riguardo del tema delle inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti, si riscontrano alcune criticità di cui al comma 6 di tale articolo.

Si ritiene auspicabile l'inserimento di un termine entro il quale le Stazioni Appaltanti sono obbligate a rilasciare la verifica di conformità del servizio (come indicato al comma 7 dell'art. 50).

4. Art. 18 – Il contratto e la sua stipulazione

Si ritiene opportuno prevedere una qualche forma di penalità per quelle Amministrazioni Pubbliche che non stipulano contratti entro dei termini prefissati.

In base all'art. 18, recante "Il contratto e la sua stipulazione", si ritiene auspicabile prevedere una qualche forma di penalità per quelle Amministrazioni Pubbliche che non stipulano contratti entro dei termini prefissati (si può ampliare comma 7 art.18 che non prevede conseguenze tangibili).

Ad esempio: nel caso in cui non venga stipulato il contratto entro 90 giorni dall'aggiudicazione, la S.A. non può richiedere che vengano effettuate le migliorie di cui alla relazione tecnica in caso di affidamento

tramite procedura con offerta economicamente più vantaggiosa e di conseguenza non possono irrorare le penali da queste scaturenti (salvo contenziosi, ricorsi e/o altre controversie in atto per le quali il termine dei 90 giorni risulta sospeso).

5. Art. 32 - Sistemi dinamici di acquisizione

Si richiede che il termine massimo per la ricezione delle domande sia pari a 30 giorni, laddove non siano stati pubblicati tutti i documenti tecnici, affinché gli Operatori possano prendere contezza adeguatamente delle richieste delle stazioni appaltanti.

Con l'articolo 32, c.3, lett. b), recante "Sistemi dinamici di acquisizione", si prescrive come termine congruo, quello di 10 giorni per la ricezione delle domande. In realtà esso appare come tale laddove, precedentemente, siano stati pubblicati tutti i documenti tecnici.

Si propone, pertanto, laddove tali condizioni non sia realizzata che 30 giorno possa essere un termine corretto, affinché gli operatori economici possano prendere contezza delle reali richieste della S.A.

6. Art. 36 - Norme procedimentali e processuali in tema di accesso.

Si richiede, in merito alla possibilità di visione da parte di tutti i partecipanti dell'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario l'esistenza di un comprovato interesse. In relazione alla possibilità automatica ai primi 5 operatori di accedere alle offerte da questi presentate, si ritiene necessario prevedere sempre il meccanismo relativo alle richieste di accesso agli atti ed avere un comprovato interesse per poter accedere all'offerta degli altri concorrenti. In merito al c.6, si richiede che esso venga meglio specificato, ed in particolare chiarito se si tratti del caso di impugnazione del rigetto dell'atto di oscuramento.

Con l'art. 36 vengono fissate le norme procedimentali e processuali in tema di accesso agli atti. In particolare, si rileva quanto segue.

6.1. Si richiede, in merito alla possibilità di visione da parte di tutti i partecipanti dell'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario l'esistenza di un comprovato interesse

Con il c.1, viene inserita la possibilità di visione da parte di tutti i partecipanti dell'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario. Tale possibilità non sembra bilanciare la tutela del know-how aziendale dell'aggiudicatario. Al fine di consentire la verifica delle motivazioni di coloro che vogliono accedere a tale documentazione bisognerebbe comunque effettuare accesso agli atti ed avere un comprovato interesse per poter accedere all'offerta dell'aggiudicatario.

6.2. In relazione alla possibilità automatica ai primi 5 operatori di accedere alle offerte da questi presentate, si ritiene necessario prevedere sempre il meccanismo relativo alle richieste di accesso agli atti ed avere un comprovato interesse per poter accedere all'offerta degli altri concorrenti

Con il c.2, lo schema prevede che, automaticamente, venga data la possibilità ai primi 5 operatori di accedere alle offerte da questi presentate.

Si ritiene che ciò non tuteli il lavoro svolto dalle imprese più performanti, le quali investono maggiormente nella qualità delle loro offerte e non si ridurrebbero gli eventuali contenziosi (nel caso in cui fosse questo l'obiettivo della norma), ma invece sembra più consentire alle imprese meno qualitative di usufruire del lavoro e degli investimenti effettuati da quelle che puntano su prodotti/servizi con standard più elevati).

Si ritiene necessario prevedere sempre il meccanismo relativo alle richieste di accesso agli atti ed avere un comprovato interesse per poter accedere all'offerta degli altri concorrenti.

Può invece essere data pubblicità ai ribassi effettuati dai concorrenti, attraverso una pubblicazione puntuale dei verbali di gara.

6.3. In merito al c.6, si richiede che esso venga meglio specificato, ed in particolare chiarito se si tratti del caso di impugnazione del rigetto dell'atto di oscuramento

Con il 6 non è chiaro se si tratti del caso di impugnazione del rigetto dell'atto di oscuramento.

7. Art. 41 - Livelli e contenuti della progettazione

In relazione a livelli e contenuti della progettazione, non è opportuno che i costi della manodopera siano soggetti a ribasso; si richiede l'eliminazione di tale prescrizione, in quanto fissare i costi della manodopera per legge limita la concorrenza e la libertà di organizzazione aziendale.

7.1. Osservazione

Con l'art. 41, recante "Livelli e contenuti della progettazione", ed in particolare il c.13, si ritiene opportuno eliminare la parte della prescrizione che prevede che i costi della manodopera non siano soggetti a ribasso, o meglio rimodularlo chiarendo che i costi della manodopera non possono essere inferiori a quanto stabilito per legge lasciando la possibilità ad un operatore di individuare il quantitativo necessario di manodopera per effettuare un servizio.

7.2. Motivazione

Con la determinazione dei costi della manodopera per legge, si limita la concorrenza e la libertà di organizzazione aziendale.

Ne seguirebbe, infatti, l'azione della concorrenza a realizzare sinergie di costo (e di conseguenza la possibilità di effettuare un ribasso), solo sulle forniture e sulle attrezzature (inclusi gli automezzi) da dover utilizzare per il servizio.

8. Art. 50 – Procedure per l'affidamento

Si ritiene opportuno, in merito alle soglie riguardanti le procedure di affidamento, rideterminare le stesse: sono troppo elevate rispetto alle procedure semplificate proposte; ed anche si richiede che venga meglio specificata la soglia di riferimento per la procedura negoziata senza bando (di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14), previa consultazione di almeno cinque operatori economici; non si comprende quale sia l'altra soglia di riferimento – dato che quale valore soglia è indicata solamente la cifra di 140.000 € per le stazioni appalti centrali e poi 215.000 € per le stazioni appalti subcentrali: quale è il range di riferimento?

Con l'art. 50, recante "Procedure per l'affidamento", si vanno a determinare soglie di affidamento troppo elevate rispetto alle procedure semplificate proposte, per cui si richiede una loro opportuna rimodulazione

Inoltre, al c. 1, lett. e), riguardante la procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14,

non si capisce quale sia l'altra soglia di riferimento – dato che quale valore soglia è indicata solamente la cifra di 140.000 € per le stazioni appalti centrali e poi 215.000 € per le stazioni appalti subcentrali: quale è il range di riferimento?

Inoltre, si fa notare che, da 140.000 € a 140.000 €, sia sempre preferibile effettuare prima una manifestazione di interesse, senza scelta di invito libero da parte della S.A.

9. Art. 60 – Revisione prezzi

In merito alla revisione dei prezzi, ritiene opportuno modificare le soglie indicate (“superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento della variazione stessa.”), al limite eliminare la prescrizione in quanto la clausola di revisione dei prezzi deve essere attivata automaticamente nel caso in cui il costo dell'opera, della fornitura o del servizio aumenti del 2% rispetto all'importo di aggiudicazione (come da obiettivo di stabilità dei prezzi indicato dalla BCE), salvo sia indicata negli atti di gara una previsione più favorevole per l'esecutore dell'appalto. In merito alle clausole di revisione del prezzo, che si prevede non debbano apportare modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro, allorché si chiarisce che si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, non si ritiene opportuno precisare che esse “non (siano) prevedibili al momento della formulazione dell'offerta”: per la natura degli appalti di servizi di lunga durata, quali tipicamente sono quelli aventi ad oggetto la raccolta o il trasporto dei rifiuti urbani (mediamente: 5 – 7 anni), piuttosto che prevedere una “clausola di revisione”, sarebbe opportuno inserire una “clausola di indicizzazione”. In particolare si ritiene opportuno, al c.2 dell'articolo in parola, chiarire che “per i soli appalti di servizi in cui l'incidenza della manodopera è pari ad almeno il 50 per cento dell'importo totale del contratto, la clausola di revisione del prezzo è sostituita da una clausola di indicizzazione”, precisando, nel successivo comma 3, che “Nelle more dell'approvazione degli indici che consentono tale indicizzazione – es. indice FOI elaborato da ISTAT - le stazioni appaltanti utilizzano, anche fuori dei casi ivi previsti, gli indici di cui al secondo periodo del comma 2.

9.1. Osservazione

Con l'art. 60, recante “Revisione prezzi”, si ritiene opportuno eliminare ultimo periodo del comma 2, recante “superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento della variazione stessa.”, oppure, in alternativa, è preferibile una riformulazione.

9.2. Motivazione

La clausola di revisione dei prezzi deve essere attivata automaticamente nel caso in cui il costo dell'opera, della fornitura o del servizio aumenti del 2% rispetto all'importo di aggiudicazione (come da obiettivo di stabilità dei prezzi indicato dalla BCE), salvo sia indicata negli atti di gara una previsione più favorevole per l'esecutore dell'appalto.

9.3. Osservazione

Nell'ambito degli appalti di servizi cc.dd. labour intensive – nei quali, cioè, incidenza del costo della manodopera è superiore al 50% (v. art. 50, ultimo periodo, d. lgs. n. 50/16), i margini dell'utile di impresa sono molto al di sotto del valore (10%) preso in considerazione nell'ambito degli appalti pubblici dai tutti i prezzari regionali cui rinvia l'art. 23, comma 16, d. lgs. n. 50/16 (v., in precedenza: art., 32, comma 2, lett. c), d.P.R. n. 207/2010; art. 34 d.P.R. n., 54/1999).

La circostanza risulta per tabulas, dal momento che l'utile di impresa indicato in sede di giustificazione dell'offerta per tali tipi di appalti oscilla in una forchetta tra lo 0% e il 5%, raramente superando tale soglia.

È evidente, allora, che negli appalti di servizi di lunga durata, quali tipicamente sono quelli aventi ad oggetto la raccolta ove il trasporto dei rifiuti urbani (mediamente: 5 – 7 anni), piuttosto che di una “clausola di revisione”, deve parlarsi di una “clausola di indicizzazione”.

Infatti, l’applicazione del criterio codicistico dell’art. 1664 c.c. (riconoscimento della revisione solo e nella misura in cui l’aumento del costo dei materiali o della manodopera abbia superato la soglia del 10%) farebbe sì che un aumento del costo dei fattori della produzione, ancorché limitato entro la soglia del 10%, eroderebbe interamente l’utile di impresa e costringerebbe l’appaltatore ad eseguire il contratto in perdita.

Le considerazioni che precedono, se valgono già in periodo congiunturali di basa inflazione, valgono, a maggior ragione, in periodi come quelli attuali, in cui l’indice Foi, nel solo ultimo anno, ha registrato un aumento dell’11,3% (dicembre 2021 – dicembre 2022).

Pertanto, in luogo dell’attuale:

2. Queste clausole non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, non prevedibili al momento della formulazione dell’offerta, che determinano una variazione del costo dell’opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al XX per cento dell’importo complessivo e operano nella misura del XXX per cento della variazione stessa.

Si propone di sostituire con:

Queste clausole non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, ~~non prevedibili al momento della formulazione dell’offerta,~~ che determinano una variazione del costo dell’opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al XX per cento dell’importo complessivo e operano nella misura del XXX per cento della variazione stessa. **Per i soli appalti di servizi in cui l’incidenza della manodopera è pari ad almeno il 50 per cento dell’importo totale del contratto, la clausola di revisione del prezzo è sostituita da una clausola di indicizzazione, ai sensi della quale a partire dal primo giorno del secondo anno, e così di anno in anno, il corrispettivo è aumentato o diminuito applicando il relativo coefficiente Istat dell’indice FOI. Per particolari categorie di servizi, tra quelli di cui al periodo precedente, caratterizzati da un valore modesto dell’utile di impresa, comunque inferiore al 10%, la stazione appaltante può utilizzare, dandone adeguata motivazione già negli atti di gara, l’indice NIC o l’indice IPCA.**

In luogo dell’attuale comma 3:

3. Per l’applicazione del presente articolo si utilizzano indici sintetici delle variazioni dei prezzi relativi ai contratti di lavori, servizi e forniture, approvati dall’ISTAT con proprio provvedimento entro [il 31 marzo e] il 30 settembre di ciascun anno, d’intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Con il medesimo provvedimento si definisce e si aggiorna la metodologia di rilevazione e si indica l’ambito temporale di rilevazione delle variazioni.

Si propone di sostituire con:

3. Per l’applicazione del presente articolo si utilizzano indici sintetici delle variazioni dei prezzi relativi ai contratti di lavori, servizi e forniture, approvati dall’ISTAT con proprio provvedimento entro [il 31 marzo e] il 30 settembre di ciascun anno, d’intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Con il medesimo provvedimento si definisce e si aggiorna la metodologia di rilevazione e si indica l’ambito temporale di rilevazione delle variazioni.

Nelle more dell'approvazione degli indici di cui al comma precedente, le stazioni appaltanti utilizzano, anche fuori dei casi ivi previsti, gli indici di cui al secondo periodo del comma 2.

10 – Art. 68 – Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici.

In merito ai Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici, sarebbe meglio aggiungere “In caso di aggiudicazione il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata.” al fine di evitare equivoci; mentre in merito alla possibilità di ammettere raggruppamenti e i consorzi ordinari di operatori economici inesistenti sarebbe preferibile indicare una quota minima di partecipazione in una ATI/RTI e che alcuni criteri di selezione possano essere richiesti alla Capogruppo e per questo essere indivisibili.

Con l'art. 68, recante “Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici”, onde evitare equivoci al comma 6 sarebbe preferibile aggiungere all'inizio:

“In caso di aggiudicazione il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata.”

Mentre per quanto riguarda il Comma 11 al fine di evitare che si presentino aziende fantasma o non idonee a svolgere effettivamente i servizi richiesti, sarebbe preferibile indicare una quota minima di partecipazione in una ATI/RTI e che alcuni criteri di selezione possano essere richiesti alla Capogruppo e per questo essere indivisibili. Esso reca:

11. I raggruppamenti e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2 e fermo restando gli eventuali requisiti dichiarati indivisibili da parte della S.A. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute nell'allegato II.

12. La quota minima di partecipazione ad un RTI deve risultare essere il 10%.

11 - Art.70 – Procedure di scelta e relativi presupposti

In merito al numero minimo di candidati (non può essere inferiore a cinque nelle procedure ristrette e a tre nelle altre procedure), si ritiene opportuno ampliare il numero di partecipanti nelle procedure.

Con l'art. 70, recante “ Procedure di scelta e relativi presupposti “, al c. 6, sarebbe preferibile ampliare il numero di partecipanti nelle procedure. Esso reca:

...In ogni caso, il numero minimo di candidati non può essere inferiore a cinque nelle procedure ristrette e a tre nelle altre procedure. ... La stazione appaltante non può ammettere alla stessa procedura altri operatori economici che non abbiano chiesto di partecipare nel caso in cui sia già stato raggiunto il limite massimo previsto di partecipante nella manifestazione di interesse, o candidati che non abbiano le capacità richieste.

12 – Art. 71 – Procedura aperta

In merito alla procedura aperta, laddove si reca che il termine minimo per la ricezione delle offerte è di 30 giorni dalla data di trasmissione pubblicazione del bando di gara e le offerte sono accompagnate dalle informazioni richieste dalla stazione appaltante, si ritiene necessario apportare modifiche alle tempistiche sopra indicate in ragione della garanzia di tempi certi e congrui che consentano di aumentare la qualità delle offerte presentate. In merito all'avviso di pre-informazione, si ritiene esso sia superfluo, laddove non pubblicizzato a dovere, in quanto può generare una limitazione della concorrenza ed asimmetrie nel mercato. Laddove si conservi l'istituto, si ritiene necessario contenga tutte le informazioni richieste per il bando di gara.

Con l'art. 71, recante "procedura aperta", si ritiene necessario apportare modifiche al fine di garantire tempi certi e congrui che consentano di aumentare la qualità delle offerte presentate

Comma 2. Il termine minimo per la ricezione delle offerte è di 30 giorni dalla data di trasmissione pubblicazione del bando di gara ai sensi dell'articolo 84. Le offerte sono accompagnate dalle informazioni richieste dalla stazione appaltante.

Per quanto riguarda il Comma 4 sarebbe preferibile la sua abrogazione o una profonda revisione: l'avviso di pre-informazione non va bene se non è ben pubblicizzato: tale strumento non può costituire un metodo per eludere le ulteriori procedure previste dal codice in quanto:

- limita fortemente la concorrenza;
- crea asimmetrie nel mercato, sia a livello di informazioni in possesso tra l'attuale gestore e altri operatori economici sia a livello di dimensione aziendale, in quanto le aziende le più piccole dimensioni hanno maggiori difficoltà in tempi minore a creare raggruppamenti.

Deve essere necessario trovare il giusto equilibrio tra ampliamento della concorrenza (Principio enunciato nello stesso codice), trasparenza e velocità delle procedure di affidamento.

Si suggeriscono quindi le seguenti modifiche, in quanto l'avviso di preinformazione deve essere stato pubblicato in gazzetta ufficiale, no su albo pretorio, sito dell'ente o similari.

Lettera a)

a) l'avviso di pre-informazione contenga tutte le informazioni richieste per il bando di gara di cui all'allegato II.6, parte I, lettera B, sezione B1, sempreché queste siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso di pre-informazione.

Nel caso in cui non siano già presenti queste informazioni non è possibile effettuare la pubblicazione del predetto avviso

13. Art. 72 – Procedura ristretta.

In merito alla procedura ristretta, si ritiene opportuno che l'avviso di pre-informazione si debba pubblicare in GURI, e non anche sull'albo pretorio, o sul sito dell'ente o mediante strumenti similari

Con l'art. 72, recante "Procedura ristretta", al c.2.2, ove si prescrive:

Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di 30 giorni dalla data di trasmissione pubblicazione del bando di gara

E al c.4, ove si reca:

Comma 4. Se le stazioni appaltanti hanno pubblicato l'avviso di pre-informazione non utilizzato per l'indizione di una gara, il termine minimo per la presentazione delle offerte può essere ridotto a 10 15 giorni purché concorrano le seguenti circostanze:

Come per il precedente articolo, si ritiene opportuno che l'avviso di preinformazione deve essere stato pubblicato in gazzetta ufficiale, e non anche sull'albo pretorio, o sul sito dell'ente o mediante strumenti similari.

Lettera a)

a) l'avviso di pre-informazione contenga tutte le informazioni richieste per il bando di gara di cui all'allegato II.6, parte I, lettera B, sezione B1, sempreché queste siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso di pre-informazione.

Nel caso in cui non siano già presenti queste informazioni non è possibile effettuare la pubblicazione del predetto avviso ossia se non sono presenti queste informazioni non si pubblica l'avviso - comma 5 – termine sempre 15 giorni - comma 6) lettera b eliminare (no 10 giorni) – altrimenti possibile 10 giorni solo se è da presentare offerta economica, senza documentazione tecnica.

14 - Art.73 – Procedura competitiva con negoziazione

A riguardo della procedura competitiva con negoziazione, così come per i termini di cui alla procedura aperta, laddove si reca che il termine minimo per la ricezione delle offerte, si ritiene necessario apportare modifiche alle tempistiche sopra indicate in ragione della garanzia di tempi certi e congrui che consentano di aumentare la qualità delle offerte presentate.

Con l'art. 73 si tratta della procedura competitiva con negoziazione: a tal proposito, laddove nell'art. 71 si erano espresse delle considerazioni in merito, si replicano le stesse in questo articolo.

15 - Art. 76 – Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando

In merito alla Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, fra le condizioni per cui una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata, si ritiene opportuno precisare che tale evento non debba essere dovuto ad un importo non congruo della base di gara o a condizioni troppo limitanti per gli operatori economici.

Con l'art. 76, si recano prescrizioni in merito alla Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, fra le condizioni per cui una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata, si ritiene opportuno precisare che tale evento non debba essere dovuto ad un importo non congruo della base di gara o a condizioni troppo limitanti per gli operatori economici.

In particolare, con il c. 2, lett. a), si chiarisce che:

a) quando non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione europea, su sua richiesta; un'offerta non è ritenuta appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata a rispondere alle esigenze della stazione appaltante e ai requisiti specificati nei documenti di gara, salvo modifiche sostanziali. Una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata se l'operatore economico interessato è escluso ai sensi degli articoli 94, 95, 96, 97 e 98 o non soddisfa i requisiti stabiliti dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 100;

Si ritiene opportuno precisare la condizione:

“quando non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, e che tale evento non sia dovuto ad un importo non congruo della base di gara o a condizioni troppo limitanti per gli operatori economici.

Invece, a riguardo del c.7:

7. Ove possibile, le stazioni appaltanti individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza, selezionando almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 108, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione.

Si ritiene che sia preferibile che le stazioni appaltanti non vadano a selezionare almeno 5 operatori se esistenti.

16 - Art.81 – Avvisi di pre-informazione

In merito agli avvisi di pre-informazione, si ritiene opportuno, nell'articolo in parola, precisare che possono essere utilizzati per indire procedure aperte, a condizione che siano già indicati tutti i requisiti necessari per partecipare e sono allegati tutti i documenti tecnici necessari per la presentazione dell'offerta.

Con l'art. 81, recante "Avvisi di pre-informazione", si suggerisce di inserire nell'incipit:

"Gli avvisi di pre-informazioni di cui al presente articolo possono essere utilizzati per indire procedure di cui agli art. 71 e seguenti solo se sono già indicati tutti i requisiti necessari per partecipare e sono allegati tutti i documenti tecnici necessari per la presentazione dell'offerta (Capitolato, Disciplinare tecnico, eventuale Piano Industriale...)

17 - Art.82 – Documenti di gara

Con l'art. 82, recante "Documenti di gara", si ritiene opportuno aggiungere, al fine di evitare contenziosi, in caso di contrasto o contraddittorietà tra le disposizioni dei documenti di gara, debba essere rispettato l'ordine di cui al comma 1) (a) il bando, l'avviso di gara o la lettera d'invito; b) il disciplinare di gara; c) il capitolato speciale; d) le condizioni contrattuali proposte).

Con l'art. 82, recante "Documenti di gara", laddove al comma 2 si prescrive:

2. In caso di contrasto o contraddittorietà tra le disposizioni contenute nei predetti documenti prevalgono quelle inserite nel bando o nell'avviso di gara.

Si ritiene opportuno aggiungere, al fine di evitare contenziosi che In caso di contrasto o contraddittorietà tra le disposizioni, debba essere rispettato l'ordine di cui al comma 1) (a) il bando, l'avviso di gara o la lettera d'invito; b) il disciplinare di gara; c) il capitolato speciale; d) le condizioni contrattuali proposte)

2. In caso di contrasto o contraddittorietà tra le disposizioni contenute nei documenti di cui al comma 1 prevalgono quelle inserite nel bando o nell'avviso di gara e poi in ordine di indicazione precedente.

18 - Art.91 – Domande, documento di gara unico europeo, offerte

In merito ai documenti da compilare sulle piattaforme di indizione delle gare. si ritiene una soluzione poco praticabile quella di fornire un elenco puntuale, in quanto i documenti pubblicati dalle S.A. contengono una miriade di inesattezza, incongruenze, refusi. Si ritiene necessario poter integrare suddetti documenti.

Con l'art. 91, recante "Domande, documento di gara unico europeo, offerte", vengono chiariti i documenti da compilare sulle piattaforme di indizione delle gare.

Si ritiene una soluzione poco praticabile: è necessaria l'indicazione di doverli trasmettere attraverso le piattaforme in quanto i documenti pubblicati dalle S.A. contengono una miriade di inesattezza, incongruenze, refusi, etc...

Pertanto, si suggerisce che essi possano essere integrabili.

Al massimo si può indicare che le Stazioni Appalti pubblicano i seguenti documenti sulle piattaforme in formato editabile:

- a) la domanda di partecipazione;
- b) il documento di gara unico europeo;

- c) l'offerta;
- d) ogni altro documento richiesto per la partecipazione alla procedura di gara.

19 - Art.92 – Fissazione dei termini per la presentazione delle domande e delle offerte

In merito alla fissazione dei termini per la presentazione delle domande e delle offerte da parte delle stazioni appaltanti, in relazione alla complessità dell'appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte, occorre anche precisare che ciò deve essere fatto contemplando i tempi di risposta ai quesiti posti dagli operatori economici entro i termini indicati nel Bando, prevedendo dei meccanismi automatici di adeguamento a tale scopo.

Con l'art. 92, recante "Fissazione dei termini per la presentazione delle domande e delle offerte", si prescrive che:

1. Le stazioni appaltanti, fermi quelli minimi di cui agli articoli 71, 72, 73, 74, 75 e 76, fissano termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte adeguati alla complessità dell'appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte, tenendo conto del tempo necessario alla visita dei luoghi, ove indispensabile alla formulazione dell'offerta, e di quello per la consultazione sul posto dei documenti di gara e dei relativi allegati.

Aggiungere che le S.A. sono obbligate a rispondere ai quesiti posti dagli operatori economici entro i termini indicati nel Bando.

Nel caso in cui non rispondano entro i termini sopraindicati, la procedura è prorogata automaticamente di almeno 6 giorni dalla data di pubblicazione del chiarimento. In caso contrario la gara si intende sospesa.

Al massimo provare a trovare un equilibrio con obbligo di risposta ai chiarimenti da parte delle S.A.

20 - Art.93 – Commissione giudicatrice.

Con l'art. 93, che offre prescrizioni riguardanti la Commissione giudicatrice, si ritiene opportuno prescrivere un termine per la nomina e per i lavori della commissione (entro un mese dalla presentazione delle offerte ed entro 6 mesi devono finire i lavori), al fine di consentire le maggiori certezze per gli operatori coinvolti.

Con l'art. 93, che offre prescrizioni riguardanti la Commissione giudicatrice, si ritiene opportuno prescrivere un termine per la nomina e per i lavori della commissione (entro un mese dalla presentazione delle offerte ed entro 6 mesi devono finire i lavori).

21 - Art.94 – Cause di esclusione automatica

In merito alle clausole di esclusione automatica si ritiene necessario specificare meglio alcune prescrizioni, ed in particolare: A) se, qualora vi siano soggetti per cui si verifica una delle cause di esclusione, sia sufficiente escluderli affinché la società possa partecipare alla gara; b) laddove, al comma 4) si prescrive "nel caso in cui il socio sia una persona giuridica....." si intende in caso di socio unico o di tutti i soci?

Per quanto concerne questo articolo, si chiede di chiarire maggiormente i seguenti aspetti:

- Il contenuto dell'articolo sembra non preveda più la dichiarazione dei soggetti cessati; pertanto, se vi sono dei soggetti che sono oggetto di cause di esclusione basta cessarli affinché la società possa partecipare alla gara

- la lett. h) del comma 3) del suddetto art. 94 prevede che le cause di esclusione si applicano anche nei confronti “dell’amministratore di fatto nelle ipotesi di cui alle lettere precedenti”, chiederei cosa intende tale punto;
- il comma 4) del suddetto art. 94 prevede “nel caso in cui il socio sia una persona giuridica.....” si intende in caso di socio unico o di tutti i soci?

22 - Art.99 – Verifica del possesso dei requisiti

In merito alla “Verifica del possesso dei requisiti” da parte della Commissione a riguardo degli operatori, sarebbe opportuno inserire la previsione per cui essi possono essere acquisiti tramite interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all’articolo 50-ter del decreto legislativo n. 82 del 2005 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni

Con l’art. 99, relativo alla , per cui, al c.3, si prescrive che:

3. Agli operatori economici non possono essere richiesti documenti che comprovano il possesso dei requisiti di partecipazione o altra documentazione utile ai fini dell’aggiudicazione, se questi sono presenti nel fascicolo virtuale dell’operatore economico o se sono già in possesso della stazione appaltante, per effetto di una precedente aggiudicazione o conclusione di un accordo quadro.

Si ritiene opportuno aggiungere:

ovvero possono essere acquisiti tramite interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all’articolo 50-ter del decreto legislativo n. 82 del 2005 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni. Tale disposizione si applica anche nel caso in cui i documenti richiesti che comprovano il possesso dei requisiti di partecipazione o altra documentazione utile ai fini dell’aggiudicazione siano già stati allegati alla documentazione presentata dall’operatore economico in sede di gara.

23 - Art.102 – Impegni dell’operatore economico

In merito agli Impegni previsti per l’operatore economico, a riguardo della possibilità di garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato si ritiene opportuno inserire anche che la richiesta di garanzia di stabilità occupazionale debba comunque essere bilanciata dalla possibilità dell’operatore di verificarla in funzione della propria organizzazione aziendale.

23.1. Osservazione

A riguardo dell’art. , lett. a):

1. Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di assumere i seguenti impegni:

a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;

Si ritiene che, al fine di poter implementare tale prescrizione, sia necessario indicare anche che la richiesta di garanzia di stabilità occupazionale deve comunque essere bilanciata dalla possibilità dell’operatore di verificarla in funzione della propria organizzazione aziendale

23.2. Osservazione

Si ritiene che l'espressione "garantire la stabilità occupazionale" (c.1, lett. a)), sia troppo generica e per questo corre il rischio di essere intesa nel senso di attribuire al lavoratore una sorta di diritto intangibile al posto di lavoro, a prescindere dalle evenienze del singolo appalto, ivi compresa la sua durata o le sue modifiche, anche in chiave riduttiva, disposte dalla stazione appaltante .

Si ritiene che, in merito alla previsione secondo cui, tra tutti i c.c.n.l. astrattamente riferibili al singolo appalto (c.1, lett. b)), deve "tenere conto" "di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale": sia superflua e foriera di equivoci circa una supposta "gerarchia" tra i vari c.c.n.l. Inoltre, il testo pone a carico dell'appaltatore il fatto del terzo subappaltatore, laddove fa assumere al primo l'obbligo di "garantire" (sic) che anche il secondo applichi ai propri dipendenti le stesse tutele economiche e normative assicurate ai lavoratori dell'appaltatore.

In merito al seguente passaggio:

1. Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di assumere i seguenti impegni:

a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;

Si ritiene che:

1. l'espressione "garantire la stabilità occupazionale" è troppo generica e per questo corre il rischio di essere intesa nel senso di attribuire al lavoratore una sorta di diritto intangibile al posto di lavoro, a prescindere dalle evenienze del singolo appalto, ivi compresa la sua durata o le sue modifiche, anche in chiave riduttiva, disposte dalla stazione appaltante¹¹.

In merito al seguente passaggio:

b) garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare;

2. Si ritiene che, l'espressione, riguardante il Datore di lavoro, per cui egli deve "tenere conto" "di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale" sia superflua e foriera di equivoci circa una supposta "gerarchia" tra i vari c.c.n.l.

In particolare, confligge, con tale riconosciuta libertà dalla Costituzione, la previsione secondo cui, tra tutti i c.c.n.l. astrattamente riferibili al singolo appalto, deve "tenere conto" "di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale": si ritiene che la precisazione sia superflua e foriera di equivoci circa una supposta "gerarchia" tra i vari c.c.n.l. Inoltre, il testo pone a carico dell'appaltatore il fatto del terzo subappaltatore, laddove fa assumere al primo l'obbligo di "garantire" (sic) che anche il secondo applichi ai propri dipendenti le stesse tutele economiche e normative assicurate ai lavoratori dell'appaltatore.

¹¹ Si sottolinea come la libertà di iniziativa economica garantita dalla Costituzione (art. 41) non si concilia con previsioni che, a parte la formulazione generica, la limitano esondando dai limiti individuati dalla giurisprudenza costituzionale per l'esercizio della potestà legislativa in materia ai sensi dell'art. 41, comma 3, Cost.

Al fine di realizzare gli obiettivi del PNRR, l'art. 47 d.l. 31/5/2021, n. 77 contiene disposizioni volte a favorire le pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità in relazione alle procedure afferenti alla stipulazione di contratti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)¹², e dal Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC).

Le relative Linee Guida sono state approvate con d.P.C.M. 7/12/2021. La previsione della bozza (art. 102, comma 1, lett. c), prevede in modo generico di *“garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate”*. Non si fa riferimento alle predette Linee Guida, né dalla lettura del successivo comma 2 si comprende bene se gli *“impegni”* relativi costituiranno elemento di valutazione dell’offerta tecnica (con la conseguenza di non essere previsti nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo o del costo) o se, invece, elementi da indicare comunque in seno all’offerta, quindi anche in seno all’offerta economica.

Cio premesso, si propone, in luogo dell’attuale previsione:

1. Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di assumere i seguenti impegni:
- a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;
 - b) garantire l’applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all’oggetto dell’appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto o della concessione svolta dall’impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell’appaltatore e contro il lavoro irregolare;
 - c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

Le seguenti modifiche ed integrazioni, così come sopra motivate:

1. Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di assumere i seguenti impegni:
- ~~a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;~~
 - b) garantire l’applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore **riferibili, tenendo conto, in relazione** all’oggetto dell’appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, **di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto o della concessione svolta dall’impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell’appaltatore e contro il lavoro irregolare;**
 - c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

¹² di cui al Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e al Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021

24 - Art.106 – Garanzie per la partecipazione alla procedura

In merito alle Garanzie per la partecipazione alla procedura, si ritiene necessario reintrodurre gli schemi di riduzioni delle garanzie del D.Lgs 50/2016, in presenza di standard qualitativi.

In particolare in merito all'importo delle garanzie, si ritiene che l'articolo (al comma 8) vada a discriminare, in modo ingiustificato le grandi imprese dalle altre, eliminando la attuale disciplina, che prevede una riduzione tra il 50% e il 20% a favore di chi sia in possesso delle certificazioni di qualità, così disincentivando l'operatore economico a dotarsi di tali certificazioni, oltre a rendere difficoltosa e comunque troppo onerosa la produzione di garanzia per importi così significativi. Si propone, quindi, di ristabilire la previsione dell'attuale codice (art. 93).

24.1. Osservazione

Con l'art. 106, si affronta il tema delle "Garanzie per la partecipazione alla procedura".

In particolare, si ritiene necessario reintrodurre gli schemi di riduzioni delle garanzie del D.Lgs 50/2016: non appare senza dubbio coerente con l'intento del nostro Legislatore di prediligere la qualità e richiedere certificazioni sul punto.

24.2. Osservazione

Inoltre, in base alla lettura del comma 8:

8. L'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 50 per cento nei confronti delle micro, delle piccole e delle medie imprese e dei raggruppamenti di operatori economici o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da micro, piccole e medie imprese. L'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 10 per cento, cumulabile con la riduzione di cui al precedente periodo, quando l'operatore economico presenti una fideiussione, emessa e firmata digitalmente, che sia gestita mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti ai sensi del comma 3. L'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto fino ad un importo massimo del 20 per cento, cumulabile con le riduzioni di cui ai precedenti periodi, quando l'operatore economico possieda uno o più delle certificazioni o marchi individuati, tra quelli previsti dall'allegato II.13, nei documenti di gara iniziali che fissano anche l'importo della riduzione, entro il limite massimo predetto. In caso di cumulo delle riduzioni, la riduzione successiva è calcolata sull'importo che risulta dalla riduzione precedente. Per fruire delle riduzioni di cui al presente comma l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso dei relativi requisiti e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.13 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica e il Ministro per gli affari europei, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice

Si ritiene che l'articolo in parola vada a discriminare, in modo ingiustificato le grandi imprese dalle altre, eliminando la attuale disciplina, che prevede una riduzione tra il 50% e il 20% a favore di chi sia in possesso delle certificazioni di qualità, così disincentivando l'operatore economico a dotarsi di tali certificazioni, oltre a rendere difficoltosa e comunque troppo onerosa la produzione di garanzia per importi così significativi. Si propone, quindi, di ristabilire la previsione dell'attuale codice (art. 93).

25- Art. 110 – Offerte anormalmente basse.

Si propone, in merito ai criteri oggettivi per determinare l'anomalia dell'offerta, di ripristinare quello antecedente, con riferimento a quello oggettivo: così facendo si presume che ciò vada a ledere la concorrenza, in quanto, in presenza di discrezionalità da parte della stazione appaltante, questa non esiti a ricorrervi, essendo noto che l'interesse della stazione appaltante è spesso negativamente condizionato dall'esigenza di contenere il costo dell'appalto, con la conseguenza di prendere per buona, quale che sia, l'offerta economicamente più conveniente.

Nella bozza è stato eliminato il criterio oggettivo individuato dal legislatore per determinare l'anomalia dell'offerta.

Ciò comporta la possibilità che la stazione appaltante abbia una discrezionalità, della quale si dubita vi farà ricorso, essendo noto che l'interesse della stazione appaltante è spesso negativamente condizionato dall'esigenza di contenere il costo dell'appalto, con la conseguenza di prendere per buona, quale che sia, l'offerta economicamente più conveniente.

Si propone, quindi, di ristabilire il criterio dell'attuale codice (art. 97).

26 - Art. 125 - Anticipazione, modalità e termini di pagamento del corrispettivo.

Da ultimo, in merito alle prescrizioni riguardanti Anticipazione, modalità e termini di pagamento del corrispettivo, si ritiene utile la soppressione del passaggio: "Per i contratti pluriennali l'importo dell'anticipazione deve essere calcolato sul valore delle prestazioni di ciascuna annualità contabile, stabilita nel cronoprogramma dei pagamenti". Infatti, nei contratti di appalto nei quali sono previsti investimenti significativi – e tra questi tipicamente gli appalti di raccolta e trasporto che implicano l'acquisto di nuovi mezzi per adeguarsi ai Criteri Ambientali Minimi (CAM) – solo se l'anticipazione è raggugliata all'intera durata assolve alla funzione che le è tipica (c.d. incantieramento).

In merito all'unico comma, che reca:

1. Sul valore del contratto di appalto è calcolato l'importo dell'anticipazione del prezzo pari al 20 per cento da corrispondere all'appaltatore entro 15 giorni dall'effettivo inizio della prestazione anche nel caso di consegna dei lavori o di avvio dell'esecuzione in via d'urgenza, ai sensi dell'articolo 17, commi 8 e 9. Con i documenti di gara può essere previsto un incremento dell'anticipazione del prezzo fino al 30 per cento. Tali disposizioni non si applicano ai contratti di forniture e servizi indicati nell'allegato II.14. Per i contratti pluriennali l'importo dell'anticipazione deve essere calcolato sul valore delle prestazioni di ciascuna annualità contabile, stabilita nel cronoprogramma dei pagamenti, ed è corrisposto entro 15 giorni dall'effettivo inizio della prima prestazione utile relativa a ciascuna annualità, secondo il cronoprogramma delle prestazioni. L'erogazione dell'anticipazione è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa secondo il cronoprogramma della prestazione. La garanzia è rilasciata dai soggetti di cui all'articolo 106, comma 3, con le modalità previste dal secondo periodo dello stesso comma. L'importo della garanzia è gradualmente ed automaticamente ridotto nel corso della prestazione, in rapporto al progressivo recupero dell'anticipazione da parte delle stazioni appaltanti. Il beneficiario decade dall'anticipazione, con obbligo di restituzione, se l'esecuzione della prestazione non procede, per ritardi a lui imputabili, secondo i tempi contrattuali. Sulle somme restituite sono dovuti gli interessi legali con decorrenza dalla data di erogazione della anticipazione

La bozza prevede che "Per i contratti pluriennali l'importo dell'anticipazione deve essere calcolato sul valore delle prestazioni di ciascuna annualità contabile, stabilita nel cronoprogramma dei pagamenti". Si propone

la soppressione della previsione, dal momento che nei contratti di appalto nei quali sono previsti investimenti significativi – e tra questi tipicamente gli appalti di raccolta e trasporto che implicano l’acquisto di nuovi mezzi per adeguarsi ai [CC.AA.MM.](#) – solo se l’anticipazione è ragguagliata all’intera durata assolve alla funzione che le è tipica (c.d. incantieramento). Non è nemmeno chiaro se si applichi ai soli appalti di servizi (il che renderebbe ancora più ingiusta la previsione, perché diversificherebbe in modo irragionevole tra lavori e servizi).