



CONFCOMMERCIO
IMPRESE PER L'ITALIA

*SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO RECANTE
CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
(A.G. 19)*

*SENATO DELLA REPUBBLICA
8^a Commissione (Ambiente, transizione ecologica, energia, lavori
pubblici, comunicazioni, innovazione tecnologica)*

Roma, 31 gennaio 2023

Premessa

Confcommercio – Imprese per l'Italia manifesta il proprio apprezzamento per l'opportunità offerta da Codesta Commissione di rappresentare il punto di vista delle imprese associate, in merito all'attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante *“Delega al Governo in materia di contratti pubblici”*.

Lo *“Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici”* redatto dal Consiglio di Stato lo scorso 7 dicembre 2022, in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, e sottoposto al Governo, appare innovativo nella sua concezione ponendosi come un vero e proprio manuale operativo, che assomma in sé anche la funzione di indirizzo attuativo che, sinora, è stata svolta in maniera incompleta dalle *“linee guida non vincolanti”* dell'ANAC.

In questa occasione si è scelto invece, di redigere un Codice che non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi e sia immediatamente *“autoesecutivo”*, consentendo da subito una piena conoscenza dell'intera disciplina da attuare.

E' un obiettivo ambizioso e solo l'applicazione pratica del nuovo Codice potrà consentire di verificare se il Paese e le imprese potranno beneficiare di una normativa più agile e snella per la gestione dei contratti pubblici.

Per ora rileviamo con soddisfazione l'accoglimento di alcuni principi generali molto importanti tra i quali segnaliamo:

- a) la codificazione del principio del risultato (art. 1) affinché ogni affidamento e la sua esecuzione sia perseguito con tempestività ed il miglior rapporto tra qualità e prezzo perseguendo, allo stesso tempo, la trasparenza e la concorrenza tra gli operatori economici;
- b) il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 8) che consente alla parte *“svantaggiata”*, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, in caso di sopravvenienza di circostanze straordinarie e imprevedibili, il diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali;
- c) i principi per la suddivisione dell'appalto in lotti (art. 58) ai sensi dei quali, per garantire l'effettiva partecipazione delle micro, delle piccole e delle medie imprese, anche di prossimità, è prevista la suddivisione in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture e che il relativo valore debba essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro, piccole e medie imprese.

Sono principi da tempo evidenziati da Confcommercio al Governo ed alle Istituzioni che oggi troviamo codificati con precisione e sui quali confidiamo sia per la celerità delle procedure di aggiudicazione che per un'effettiva inclusione di tutte le imprese nelle gare di appalto.

Anche sul fronte della pianificazione e della realizzazione delle infrastrutture si condividono gli interventi complessivamente previsti dallo schema di decreto, diretti a snellire le procedure e velocizzare i processi.

In molte circostanze, si tratta della messa a regime di disposizioni già introdotte, con successo, per tutte le opere pubbliche, per quelle del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza nonché per la nutrita schiera di interventi oggetto di Commissariamento straordinario. Esemplificativo, a riguardo, quanto riportato dal Rapporto 2022 del Servizio Studi della Camera sulle Infrastrutture Strategiche e Prioritarie. Dell'ammontare complessivo di tali interventi, pari a 357 Miliardi di euro, più della metà (190 MLD) è riconducibile ad opere PNRR-PNC o ad opere commissariate. Ebbene, proprio per effetto degli avanzamenti procedurali registrati, in particolare, da tale interventi, il Rapporto testimonia una significativa accelerazione nelle fasi di progettazione, aggiudicazione ed esecuzione del programma.

Più in particolare, condividiamo pertanto:

- la più celere individuazione delle opere strategiche prioritarie (art. 39);
- la sistematica reintroduzione della possibilità di ricorrere all'appalto integrato (art.44);
- lo snellimento delle procedure del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici (art. 47).

Restano comunque ancora delle criticità, che di seguito riportiamo, evidenziando i punti che restano, a nostro avviso, ancora insoddisfacenti rispetto allo schema di decreto in esame.

1. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito (art. 8 schema nuovo Codice)

Nel Codice trova conferma, all'art. 8 (*Principio di autonomia negoziale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito*), la disposizione che, in merito alle prestazioni d'opera intellettuale, vieta che le stesse siano rese dai professionisti gratuitamente, la cui disciplina specifica è stata recentemente approvata dalla Camera.

Il comma 2 dispone, al primo periodo, che *“le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione”*

Si condivide la scelta di disporre la *“non gratuità”* delle prestazioni d'opera intellettuale rese dai professionisti. Si evidenzia, però, che prevedere la non applicazione della disciplina *“in casi eccezionali”* (come già previsto nel criterio direttivo di cui all'art.1, comma 2, lettera l), della legge delega n. 78 del 2022) ampli in maniera eccessiva i poteri discrezionali della pubblica amministrazione nel definire tale eccezionalità.

Il secondo periodo del medesimo comma 2 precisa inoltre che, fatti salvi i predetti casi eccezionali: *“la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso”*.

Tale principio, che, come sopra ricordato, trova oggi ulteriore conferma a seguito dell'approvazione del ddl relativo all'equo compenso per le prestazioni professionali anche nei confronti della PA, dovrà quindi essere adeguatamente declinato e valorizzato nei bandi di gara.

2. Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti (art. 31 schema nuovo Codice)

L'articolo 31 istituisce, presso l'ANAC, l'Anagrafe degli operatori economici a qualunque titolo coinvolti nei contratti pubblici, che si avvale del Registro delle imprese.

Nella relazione è specificato che l'Anagrafe censirà anche gli operatori economici partecipanti alle gare non tenute all'iscrizione nel registro delle imprese, tra i quali, ad esempio, le *“imprese straniere e i raggruppamenti temporanei di imprese”*.

Sul punto, si ritiene opportuno evidenziare che tra i suddetti operatori economici, che dovranno essere censiti nell'Anagrafe, dovranno essere ricompresi anche i lavoratori autonomi professionisti, che sono esenti dall'iscrizione al Registro delle imprese.

3. Concorsi di progettazione (art. 46, comma 4, schema nuovo Codice)

Il comma 4 stabilisce l'applicazione delle disposizioni in esame anche ai concorsi di idee, definendo la platea dei soggetti ammessi a parteciparvi ed ulteriori profili specificamente riferiti a tali procedure. In particolare, a tali concorsi possono partecipare, oltre ai soggetti ammessi ai concorsi di progettazione, anche i lavoratori subordinati abilitati all'esercizio della professione e iscritti all'ordine professionale secondo l'ordinamento nazionale di appartenenza, con esclusione dei dipendenti della stazione appaltante o dell'ente concedente che bandisce il concorso.

Si ritiene opportuno inserire nella platea dei soggetti ammessi a partecipare ai concorsi di idee anche i professionisti, non ordinistici, che svolgono la professione di “designer”.

A questo proposito, si segnala la presenza di Associazioni di designer, iscritte nell'elenco del Ministero delle Imprese e del Made in Italy relativo alle Associazioni professionali di cui alla legge n. 4 del 2013, la cui attività rende riconoscibili, alle istituzioni e ai soggetti privati, gli elementi di qualificazione e competenza che caratterizzano questa professione.

4. Revisione prezzi (art. 60 schema nuovo Codice)

La Confederazione, relativamente al tema della revisione dei prezzi, ha apprezzato il passaggio in cui la relazione illustrativa conferma che la nozione di *“imprevedibilità”* delle variazioni è connessa sia al profilo temporale (momento della formulazione dell'offerta) sia a quello quantitativo.

Il riferimento a *“particolari condizioni di natura oggettiva (...) non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, che determinano una variazione del costo (...) del servizio”* fa presumere che siano ricomprese anche *“la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente”* indicate espressamente nella legge delega. Conseguentemente, qualora l'aumento del costo del lavoro derivante dai rinnovi dei CCNL non sia conoscibile al momento della presentazione dell'offerta economica, si ritiene che esso dovrebbe costituire causa di adeguamento.

Inoltre, al fine di non creare distorsioni, gli indici di rivalutazione ISTAT relativi alla componente c.d. “fissa” (ad es. prezzi forniture), dovranno essere elaborati per specifico settore di appartenenza (indici settoriali).

5. Base d’asta e criteri di aggiudicazione degli appalti per il settore delle traduzioni e dell’interpretariato (art. 108 – 110 schema nuovo Codice)

La disposizione contenuta nell’art. 108 è diretta ad indicare i criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici con il riferimento, conforme alla direttiva 2014/24/UE, dei criteri del prezzo più basso e dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Segnaliamo, sul punto, la necessità di apportare dei correttivi al fine di assegnare il punteggio in base alla valutazione dell’offerta tecnica e quella economica per allineare le basi d’asta al costo reale che i servizi di traduzione e di interpretariato hanno nel mercato.

Sotto questo profilo, infatti, è utile ricordare alcune pronunce della giurisprudenza amministrativa sulla congruità della base d’asta per la cui determinazione è necessario far riferimento a criteri verificabili, evidenziando che seppure la stessa non deve essere corrispondente necessariamente al prezzo di mercato, non può essere arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza (Cons. Stato, Sez. III, n. 2168/2017). Secondo il Consiglio di Stato, la rilevanza della correttezza della determinazione della base d’asta con attinenza alla situazione di mercato rileva ai fini dell’utilizzazione di tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo, nell’ambito delle gare da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell’offerta (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 6355/2019; Sez. V, n. 2739/2017).

D’altronde, è proprio allo scopo di soddisfare tali esigenze, in linea con i principi di derivazione comunitaria, che le stazioni appaltanti sono tenute a provvedere a tutti gli accorgimenti tecnici utili a mantenere il mercato nell’assetto più concorrenziale possibile.

Tale problematica si avverte, in particolare, nel settore delle traduzioni e dell’interpretariato dove gli interpreti lamentano, sovente, una situazione di *dumping* nelle tariffe dei bandi pubblici che non consentono, conseguentemente, di operare a prezzi correnti e coerenti. Tale circostanza, infatti, costringe le imprese ad applicare tariffe fuori mercato pur dovendo mantenere molto alto il livello della prestazione. Inoltre, si lamenta il fatto che spesso, nei bandi che contemplano sia l’opera di traduzione che quella di interpretazione, non vengono indicate le percentuali di richiesta che l’Ente pubblico riserva per l’uno o l’altro servizio; in questo modo viene meno per l’azienda la possibilità di valutare la sua partecipazione facendo conto su meccanismi compensatori tra l’uno e l’altro servizio. Inoltre, anche nei casi in cui le suddette percentuali risultano indicate, non sempre vengono rispettate, determinando perdite economiche a carico delle aziende.

Peraltro, vi è un espresso riferimento a tale settore nell’art. 9, lett. u), dell’Allegato II.20 (*Appalti e procedure nel settore difesa e sicurezza*) secondo cui sono di norma affidati con le procedure di cui all’art. 50 del codice, e aggiudicati con il criterio del minor prezzo, le spese per la traduzione di documenti ed elaborati tecnici.

Si ritiene, invece, necessaria la valorizzazione di una competizione degli operatori economici sulla base dei criteri qualitativi così come prescritto dall'art. 108, comma 5, del nuovo Codice.

6. Tabelle Ministeriali del costo del lavoro (art. 110 schema nuovo Codice)

Sul punto si osserva che l'art. 110 dello Schema, nel regolare la valutazione delle “*offerte anormalmente basse*”, concede alla stazione appaltante lo strumento della richiesta di giustificazioni.

In particolare, la disposizione in esame, da un lato, prevede che “*Non sono ammesse giustificazioni: a) in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge*” (comma 4) e, da un altro lato, che “*La stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 3, oppure se l'offerta è anormalmente bassa in quanto: ... d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo*” (comma 5).

Secondo il dettato normativo, dunque, le tabelle salariali sembrano assumere una grande valenza nella valutazione dell'anormalità dell'offerta; tuttavia si ritiene che sarebbe stato maggiormente adeguato un ulteriore rafforzamento di tale potere al fine di consentire alla stazione appaltante di valutare se un'offerta inferiore ai minimi di cui alle tabelle ministeriali, sia un *unicum* della gara presa in considerazione o, diversamente, una prassi dell'azienda che trova il suo sostegno economico in una gestione portata avanti ai danni delle casse dello Stato e/o dei lavoratori oltre che distorsiva della concorrenza.

7. Ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica (art. 130 schema nuovo Codice)

Al fine di concentrare la competizione degli operatori a vantaggio della componente qualitativa della ristorazione scolastica, ospedaliera e socioassistenziale, sarebbe opportuno vincolare, per tale tipologia di gare (rivolte a categorie di soggetti verso cui è particolarmente importante fornire un servizio di qualità), il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con quello del prezzo o costo fisso come previsto dall'art. 108, comma 5 (corrispondete all'art. 95, comma 7, D. Lgs n. 50/2016)

Inoltre, affinché il confronto concorrenziale sia effettivamente spostato sui profili tecnico-qualitativi del servizio offerto, in via principale, sarebbe opportuno escludere dai documenti di gara tutte le opere e servizi non direttamente connessi alla produzione ed alla somministrazione dei pasti (ad esempio, lavori di rifacimento dei refettori o altre opere infrastrutturali); in subordine, sarebbe quantomeno corretto assicurarne una “quotazione” separata: l'esclusione del fattore premiale, all'interno delle gare concernenti la ristorazione collettiva, per opere infrastrutturali non connesse alla produzione ed alla somministrazione dei pasti eviterebbe l'aggiudicazione del servizio sulla base di elementi del tutto secondari rispetto alla prestazione principale.

Risulta, inoltre, opportuno promuovere l'adozione di “contratti tipo” (differenziati a seconda che si tratti di ristorazione ospedaliera, socio assistenziale e scolastica affidata in appalto o concessione) in grado di uniformare le scelte compiute dalle

Amministrazioni in ordine ai criteri di aggiudicazione e altresì consentire di individuare in modo univoco in cosa consistano i criteri qualitativi enucleati dall'art. 130 lett. a) – c) dello schema in esame.

Infine, con specifico riferimento alla ristorazione scolastica, oggetto per lo più di concessioni, si ribadisce l'urgenza di affrontare la problematica relativa alla gestione degli insoluti. Dovrebbe essere posto in capo ai concedenti l'onere del recupero degli insoluti, sgravando di tale incombenza le aziende la cui attività verte sulla preparazione dei pasti e che devono restare indenni dal mancato incasso dei crediti maturati nei confronti degli utenti morosi.

8. Servizi sostitutivi di mensa (art. 131 schema nuovo Codice)

Relativamente al tema dei servizi sostitutivi di mensa tramite buoni pasto, la Confederazione esprime la propria soddisfazione per l'accoglimento delle istanze presentate sul tema nei vari passaggi che hanno condotto all'elaborazione del nuovo Codice.

Tuttavia, appare utile segnalare il mancato coordinamento tra quanto stabilito dall'art. 131, comma 5, lett. c) – secondo cui il tetto massimo del 5% del valore nominale del buon pasto alle commissioni (*i.e.* sconto incondizionato) remunera ogni eventuale “servizio aggiuntivo” offerto agli esercenti - e l'Allegato II.17, nel cui testo è ancora regolamentata la possibilità che le aziende emittitrici possano sottoporre agli esercenti prestazioni ulteriori rispetto all'oggetto della gara ma caratterizzate da un'oggettiva e diretta connessione con la stessa (ad es. art. 5, comma 1, lett. f), commi 2 e 8).

9. Sistema di qualificazione generale degli operatori e tutela del lavoro (art. 168 schema nuovo Codice)

Per quanto concerne la disciplina relativa alle procedure di gara con sistemi di qualificazione generale degli operatori, non sono previsti criteri specifici ma, piuttosto, viene lasciata discrezionalità alla stazione appaltante.

In tal senso, riteniamo opportuno che le stazioni appaltanti o gli enti concedenti, nello stabilire norme e criteri oggettivi per il funzionamento del sistema di qualificazione, debbano comunque, con riferimento alle capacità tecniche e professionali necessarie, prevedere una valorizzazione per i professionisti non ordinistici, tenendo conto, sulla base delle rispettive specificità, del possesso di attestazioni sugli *standard* qualitativi e di qualificazione professionale, rilasciate dalle associazioni di professionisti, o di una certificazione, rilasciata da un organismo accreditato, relativa alla conformità alla norma tecnica UNI - attività professionali non regolamentate, ai sensi di quanto disposto dalla L. n. 4/2013.

A tal proposito, si ricorda che il D.L. n. 80/2021, per l'iscrizione al portale del reclutamento per la PA da parte dei professionisti non ordinistici, richiama il possesso di certificazione in conformità alla norma tecnica UNI, oltre che il possesso dell'attestazione di qualità e di qualificazione professionale dei servizi rilasciata da un'associazione inserita nell'elenco del Mise, ai sensi della Legge 4/2013. Pertanto, nel portale inPA per il conferimento di incarichi di collaborazione ai professionisti in

attuazione dei progetti del PNRR, i professionisti non ordinistici possono già iscriversi facendo riferimento ai suddetti attestati e/o certificazioni.

10. Concessioni (Libro IV, Parte II, schema CdS nuovo Codice)

Il tema delle concessioni rappresenta una delle principali preoccupazioni per gli operatori del comparto, in quanto, ad oggi, il costo del canone concessorio rappresenta ormai una quota tra il 60 e il 70% del costo dell'intera concessione – di fatto rendendo **molte di queste concessioni antieconomiche**. Per questi motivi, si ritiene quanto mai opportuno prevedere un intervento normativo volto a definire alcuni capisaldi della disciplina della concessione di servizi.

Nel settore delle concessioni, e nello specifico nel servizio di somministrazione automatica di alimenti e bevande, le Pubbliche Amministrazioni tendono ad attribuire un'importanza marginale all'istruttoria svolta ex ante all'immissione sul mercato di una concessione. Al contrario, la maggiore criticità riscontrata è proprio la mancanza di **un'analisi preliminare volta a certificare la sostenibilità economica** per l'operatore della commessa pubblica.

Il Codice dei contratti pubblici descrive solo alcuni elementi tipici del contratto di concessione e per la costruzione del bando di gara come l'indicazione del valore del fatturato del concessionario e l'adozione di un metodo oggettivo per la stima del valore di fatturato. Tuttavia, in concreto, le Pubbliche Amministrazioni frequentemente aggirano il dettato normativo, indicando un valore di fatturato che non rappresenta una stima del potenziale valore della concessione futura, bensì è una mera trasposizione del dato comunicato dal precedente gestore, **senza che vi sia una effettiva verifica**. Di conseguenza, il metodo con cui l'Amministrazione dovrebbe stimare il dato di fatturato non è praticamente mai indicato. La puntuale stima del fatturato è per altro necessaria affinché l'Ente pubblico possa definire nella maniera più accurata possibile tutte le caratteristiche della concessione, tra cui la **durata**, che deve essere stabilita in un tempo congruo. Molto spesso, nella pratica, la durata delle concessioni è talmente breve da non consentire il rientro dell'investimento economico da parte degli operatori.

Confcommercio pertanto fa proprie e sostiene le specifiche richieste illustrate a questa Commissione nell'audizione del 23 gennaio 2023 dalla Confida – nostra associata - che è l'unica associazione di categoria che rappresenta, a livello nazionale, l'intera filiera della distribuzione automatica di cibi e bevande.