

Audizione Ance

Atto del Governo n. 19

Audizione in Commissione
Ambiente del Senato

Memoria ANCE
31 gennaio 2023

-

Sommario

VALUTAZIONI GENERALI.....2

VALUTAZIONI E PROPOSTE SULLE SINGOLE MISURE5

VALUTAZIONI GENERALI

Lo schema di nuovo Codice dei contratti, frutto di un intenso lavoro da parte del Consiglio di Stato, svolto peraltro in tempi molto ristretti, si caratterizza per i seguenti principali aspetti:

- introduzione di una serie di **principi guida** per l'applicazione del Codice, di natura civilistica, europea nonché di derivazione giurisprudenziale, tra cui il principio del risultato;
- **accentuazione della discrezionalità** in capo all'amministrazione, con maggiore possibilità di utilizzo di procedure flessibili e di valutazione di requisiti specifici;
- spinta sulla **digitalizzazione** dell'intero contratto pubblico, dalla progettazione (BIM) all'esecuzione;
- nuovo impulso verso la **centralizzazione e qualificazione** delle stazioni appaltanti con codificazione delle LG ANAC sul punto;
- riduzione dei livelli della progettazione da tre a due: PFTE (progetto fattibilità tecnica economica) e PE (progetto esecutivo);
- stabilizzazione di alcuni istituti e norme introdotte in fase emergenziale (tra cui la **procedura negoziata senza bando**, fino alla soglia comunitaria, appalto-integrato, consegna d'urgenza);
- Rafforzamento della disciplina del soccorso istruttorio;
- **definizione dell'illecito professionale** con sostanziale "codificazione" delle linee guida ANAC;
- "liberalizzazione" della disciplina degli RTI, sia in fase di partecipazione che in fase di esecuzione;
- **maggior "autonomia" della disciplina dei settori speciali** rispetto a quella dei settori ordinari;
- **revisione prezzi** obbligatoria, sebbene ancorata a soglie di alea e a percentuali di compensazione;
- Revisione della disciplina dei PPP, estesa anche a figure atipiche;
- **estensione di poteri di vigilanza dell'ANAC anche alla fase esecutiva;**
- **rafforzamento delle ADR con messa a regime del Collegio Consultivo Tecnico;**
- presenza di numerosi **allegati al Codice (circa 36)**, taluni con valore regolamentare.

Diverse di queste innovazioni sono senz'altro condivisibili.

Il riferimento è, ad esempio, al processo di digitalizzazione delle procedure, così come all'introduzione del principio dell'equilibrio contrattuale – che andrebbe declinato anche come principio di redditività della commessa - oltre al rafforzamento degli strumenti di deflazione del contenzioso giurisdizionale.

Tuttavia, per far sì che questi principi siano effettivi e non ripetere gli errori fatti nel Codice 50, occorrono alcuni essenziali correttivi al testo, per eliminare soprattutto le contraddizioni tra i - buoni - principi espressi e talune norme pure presenti nel Codice

Al riguardo, anzitutto, c'è **un tema di mercato**.

Il nuovo Codice consentirà ad un'ampia quota di appalti di non essere più sottoposti alle regole di piena pubblicità e concorrenza.

Si pensi anzitutto alla fascia di appalti compresi fino alla soglia comunitaria, (vale a dire, per i lavori pubblici, fino a 5,3 mln di euro).

Il Codice sta optando per **rendere stabili le procedure emergenziali introdotte con il decreto semplificazione**, rendendo possibile utilizzare le procedure ordinarie solo sopra 1 mln di euro e solo se tale scelta venga accompagnata da adeguata motivazione

Si tratta però di una soglia eccessivamente elevata che rischia di azzerare il mercato e che è in contraddizione con **il principio di concorrenza e trasparenza**.

Si è preferito “tagliare” sui tempi delle procedure di gara, quando invece, com’è noto, la maggior parte dei ritardi si annida nella fase “a monte” della gara, in tutto quel labirinto di atti di autorizzazioni preventive rimasto pressoché intatto.

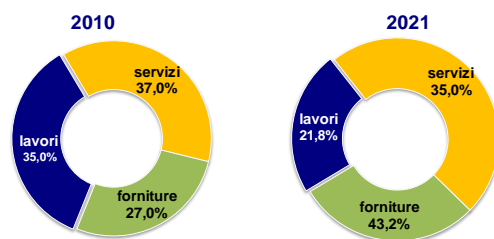
Non va dimenticato che anche per la Commissione UE, alcune delle nuove norme italiane, come **le disposizioni sulle procedure negoziate senza gara d’appalto, non sono conformi alla legislazione dell’UE in materia di appalti pubblici**.

Si pensi poi anche alle scelte **sui settori speciali**: la sottrazione dagli obblighi di esternalizzazione le gare per quei concessionari nei settori speciali che hanno ottenuto la concessione senza gara, non è nella legge delega, né, tantomeno, è rispettoso dei principi comunitari sul tema.

Anche la forte flessibilità concessa ai settori speciali talora si traduce in alcuni passi indietro rispetto alla normativa attuale – come le norme sulla fase di esecuzione del contratto o anche quelle sull’illecito professionale, che dovrebbero essere omogenee con i settori ordinari; ciò tanto più, ove si consideri che i settori speciali rappresentano una componente sempre più rilevante della domanda pubblica.

Sempre più mercato sottratto alle norme ordinarie

APPALTI PUBBLICI PER LAVORI, SERVIZI E FORNITURE
Composiz.% del valore a base di gara (bandi e inviti di importo ≥40mila€)



Elaborazione Ance su dati Anac

APPALTI PUBBLICI PER LAVORI
Composiz.% del valore a base di gara (bandi e inviti di importo ≥40mila€)
per tipologia di settore



Elaborazione Ance su dati Anac

Il combinato disposto di queste innovazioni può essere uno **shock** per il mercato e per gli operatori che vi operano.

Quanto poi al **principio del risultato** l’opera pubblica deve essere aggiudicata a chi è in grado di assicurare il **miglior rapporto qualità-prezzo**.

Ma ciò non si concilia con l’avvenuta eliminazione del tetto massimo al punteggio da attribuire al prezzo in sede di offerta economicamente più vantaggiosa.

Così facendo, in aperto contrasto con la disciplina europea per giunta, **si reintroduce di fatto il massimo ribasso.**

Del tutto condivisibile anche l'affermazione **del principio della fiducia**: si tratta di una svolta nei rapporti tra Pa e imprese, rispetto al passato.

In questo senso allora appare del tutto contraddittoria la figura dell'**illecito professionale** la cui definizione appare piuttosto aperta e per di più ancorata ad accertamenti anche non definitivi, come un **semplice rinvio a giudizio.**

È evidente che così facendo non risulta affatto superato il principio di colpevolezza **a carico delle imprese** che permea tuttora il Codice 50.

Da rendere effettivo anche il principio dell'equilibrio contrattuale che, nel testo finora disponibile, si scontra con **la norma scritta sulla revisione dei prezzi che prevede troppi limiti** (alea e percentuale di riconoscimento delle variazioni) **e meccanismi di funzionamento troppo complessi per essere efficace.** Si perde così l'occasione di risolvere una volta per tutte un problema su cui si è dovuti intervenire finora con innumerevoli decreti d'urgenza e **non si scongiura il rischio, in caso di aumento dei prezzi, di bloccare tutti i cantieri.**

In contrasto con **il principio di tutela e sicurezza del lavoro** appare anche la norma che consente di applicare altri contratti oltre a quello dell'edilizia.

Quanto al subappalto a cascata, è un istituto che viene dalle richieste dell'Europa, ma va limitato, come sembra prevedere il testo. Una catena infinita di subappalti non è compatibile con un doveroso controllo di qualità e sicurezza.

Desti comunque preoccupazione l'assenza di certezza in relazione alle precondizioni che il Consiglio di Stato individua come determinanti per la concreta attuazione della riforma: **formazione della Pa, digitalizzazione e qualificazione delle stazioni appaltanti.** Di queste, due devono ancora partire e una appare troppo blanda.

Il nuovo Codice sconta, poi, **un errore di metodo**, che è forse all'origine della contraddizione tra principi annunciati e norme di attuazione: è stato redatto senza un adeguato confronto con chi con questo Codice deve lavorare.

Impostazione che è stata alla base del fallimento del Codice 50 e che quindi non può né deve ripetersi.

Si registrano infine taluni **passi "indietro"**, anche rispetto alla recente normativa emergenziale adottata dal legislatore con i **decreti n. 76/2022 (cd DI "Semplificazioni") e n. 77/2021 (cd DI "Semplificazioni bis").**

Non hanno infatti trovato conferma in sede di riscrittura del Codice. Ad esempio, non c'è traccia del **nuovo regime di responsabilità erariale** prevista dall'articolo 21 del DI 76/2020 che, com'è noto, incoraggia il fare, piuttosto che il non fare.

Anche la normativa sui **pagamenti alle imprese**, inspiegabilmente, non contiene più la previsione che consente all'esecutore di emettere fattura anche in assenza del rilascio del certificato di pagamento, da parte del Rup. Norma, questa, che peraltro è stata introdotta per superare una procedura d'infrazione sul punto.

Per altro verso, non vengono ancora risolte alcune criticità presenti nel previgente Codice.

Innanzitutto, nonostante l'introduzione dei principi di risultato, fiducia e buona fede, l'impostazione del nuovo codice continua a dare forte preminenza ai poteri insindacabili delle amministrazioni, talora secondo **una logica "suddito-sovrano"** che, invece, sarebbe opportuno superare,

declinando tali principi – in tutte le disposizioni di cui il Codice si compone - secondo un rapporto più equilibrato tra le parti.

Analoghe considerazioni possono essere fatte per l'istituto delle **varianti**. La bozza di Codice riproduce il contenuto dell'articolo 106 del Codice 50, nonostante questo abbia determinato numerosi problemi operativi e di fatto bloccato l'operatività di tale istituto, in quanto recante una disciplina contraddittoria, non coordinata e tecnicamente non adeguata.

Sul tema delle opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, fondamentale per lo sviluppo dei centri urbani, la disciplina che consente ai privati di svolgere la funzione di stazione appaltante non è stata riprodotta in maniera chiara rispetto alle attuali norme del D.lgs. 50/2016, con il rischio di portare ad interpretazioni errate e tali da attribuire sempre al Comune il potere di indire la gara. È fondamentale pertanto apportare dei correttivi per esplicitare maggiormente che la possibilità prevista per l'amministrazione di indire la gara è "alternativa" all'ipotesi in cui il soggetto privato assume la funzione di stazione appaltante.

VALUTAZIONI E PROPOSTE SULLE SINGOLE MISURE

Normativa "secondaria" (Allegati)

La bozza di nuovo Codice prevede 36 allegati, di diversa natura normativa, recanti una disciplina trasversale per lavori, servizi e forniture, distinta, in molti casi, per figure soggettive, e non per fasi del contratto.

Valutazione: negativa, in quanto potrebbe risultare un quadro normativo frammentario.

Proposta ANCE: sarebbe opportuno accompagnare il Codice da un vero "manuale operativo" (rectius: Regolamento per LLPP) utile alle stazioni appaltanti – il cui processo di qualificazione non può assolutamente essere rimandato – per un'ordinata conduzione del processo di realizzazione delle opere.

Responsabilità erariale (Art. 2)

La disposizione ricollega la colpa grave esclusivamente alla violazione delle norme di diritto, degli auto-vincoli, nonché alla palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza, con la precisazione che non costituisce mai colpa grave la violazione o l'omissione che sia stata determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

Valutazione: negativa. La disposizione codifica il diritto formatosi nell'ambito delle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti. Per questo motivo, non appare particolarmente efficace nel contrasto al fenomeno della burocrazia difensiva, in quanto "tarata" sull'assetto della responsabilità erariale previgente, rispetto alle ultime modifiche normative; assetto, di per sé, all'evidenza, non soddisfacente.

Proposta ANCE: Occorre confermare l'innovativo regime di responsabilità erariale previsto dall'articolo 21 del DI 76/2020 che, com'è noto, incoraggia il fare, piuttosto che il non fare (art. 2).

Principio di applicazione dei CCNL di settore (art. 11)

Il comma 3 della disposizione in esame consente agli operatori economici di indicare nella propria offerta un differente contratto collettivo applicato, rispetto a quello indicato nel bando dalla stazione appaltante, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele.

Valutazione: negativa poiché il citato comma 3 rischia di vanificare il principio di carattere generale, sancito al comma 1, relativo all'obbligo di applicare, al personale impiegato negli appalti, i contratti collettivi nazionali e territoriali di settore stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Tale disposizione potrebbe, inoltre, generare contenziosi in sede applicativa.

Proposta ANCE: abrogare il comma 3; riformulare conseguentemente il comma 4, eliminando la possibilità di presentare alla stazione appaltante, in alternativa all'impegno ad applicare il CCNL indicato nel bando, la "dichiarazione di equivalenza delle tutele" relativa ad un diverso CCNL.

Allineamento dei prezzi a base di gara a quelli correnti sul mercato (Art. 41)

Nel caso di contratti di lavori, il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato facendo riferimento ai prezzi correnti alla data dell'approvazione del progetto, riportati nei prezziari predisposti annualmente dalle regioni e dalle province autonome o adottati, laddove necessario in base alla natura e all'oggetto dell'appalto, dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti.

Valutazione: negativa. La bozza di nuovo Codice lascia sottendere che il solo fatto che un prezzo sia stato riportato in un prezzoario predisposto annualmente, lo renda per ciò solo "corrente".

Proposta ANCE:

Occorre:

- garantire che abbia luogo una verifica effettiva, da parte della stazione appaltante, circa l'**aderenza dei prezzi indicati nel prezzoario a quelli di mercato**
- prevedere un **limite** di tre mesi entro cui i lavori **devono essere banditi**, una volta **validato** il progetto, in modo da assicurare che il costo dei prodotti venga determinato facendo riferimento ai prezzi correnti sul mercato.

Procedura negoziata senza bando nel sottosoglia (art. 50)

La bozza di nuovo Codice, per i lavori, stabilizza l'uso della procedura negoziata fino alla soglia comunitaria, con invito a 5 (fino ad un mln di euro) o 10 (oltre un mln) operatori. Si rende peraltro possibile l'utilizzo delle procedure di gara "ordinarie" solo sopra 1 mln di euro, e solo previa adeguata motivazione da parte della stazione appaltante.

Valutazione: negativa. Si profila un eccessivo *vulnus* al mercato.

Proposta ANCE: è necessario garantire adeguata pubblicità alle procedure e comunque ridurre la soglia entro la quale si può fare ricorso alla procedura

negoziata senza bando nel “sottosoglia”, stante anche l'impossibilità, per i lavori al di sotto di 1 mln di euro, di ricorrere alle procedure a concorrenza piena.

Divieto di sorteggio (art. 50 comma 2)

Si introduce il divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare, ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi; tuttavia, resta sempre consentito un suo utilizzo, in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate.

Valutazione: negativa. Il sorteggio è un meccanismo che svincola la qualificazione acquisita dagli operatori economici, in quanto non tiene in alcuna considerazione le effettive capacità dei potenziali concorrenti, vanificando altresì qualunque possibilità di programmazione dell'attività di impresa.

Proposta ANCE: occorre rendere il divieto di ricorrere al sorteggio assoluto o quantomeno del tutto eccezionale

Metodi di calcolo anomalia delle offerte (art. 54 - all.1.2)

Si prevede che le SA indichino negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'allegato di riferimento.

Valutazione: negativa. L'indicazione del metodo prescelto per la determinazione della soglia di anomalia negli atti di gara potrebbe consentire indebiti condizionamenti delle procedure.

Proposta ANCE: è opportuno introdurre nuovi metodi per la determinazione della soglia di anomalia negli atti di gara, che rendano la scelta del sistema non prevedibile, che impediscano eventuali fenomeni collusivi e garantiscano offerte equilibrate, evitando situazione di ribasso eccessivo

Spese generali (art. 31 all.1.7)

Il range d'incidenza delle spese generali viene mantenuto tra il 13 ed il 17 per cento, mantenendo quanto previsto nel Regolamento 207/2010.

Valutazione: negativa. Le Spese Generali (SG) rappresentano il costo dell'organizzazione d'impresa, la sua amministrazione e conduzione. Variano ovviamente in funzione dell'organizzazione che ciascuna impresa si dà e anche dalla tipologia di opera che si deve realizzare. Con l'art. 14 della legge 10 dicembre 1981 n. 741, l'entità delle spese generali è stata incrementata in “una percentuale variabile dal 13% al 15%, Ad oggi, sono trascorsi 40 anni dall'entrata in vigore della legge n.741/1981 e da allora l'aliquota delle spese generali è rimasta invariata, fatta solamente eccezione per l'incremento della aliquota massima (fantasma) portata al 17% per effetto dell'art. 32 comma 2 lettera b) del DPR 5 ottobre 2010 n. 207.

Proposta ANCE: La percentuale d'incidenza delle SG è divenuta anacronistica. Occorre procedere ad una sua attualizzazione, che tenga conto dell'incremento dei costi non produttivi e ai maggiori oneri posti a carico degli appaltatori, verificatosi negli ultimi 40 anni.

Clausole sociali su stabilità occupazionale (art. 57, comma 1) Si prevede l'obbligo di inserire nei bandi, avvisi e inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, due tipi di clausole sociali previste nella legge delega, finalizzate rispettivamente a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato e garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Valutazione: positiva per quanto concerne l'applicazione dei contratti, negativa la modifica da "promozione" a "garanzia" per quanto concerne la clausola sociale sulla stabilità occupazionale.

Proposta ANCE: bisogna evitare che la clausola sulla stabilità occupazionale del personale impiegato nell'appalto possa essere inserita in maniera indiscriminata in qualsiasi bando, indipendentemente dalla tipologia di intervento, con il rischio di risultare inapplicabile per la gran parte dei lavori edili. A tal fine, si ritiene necessario mantenere fermo quanto precisato a suo tempo dall'ANAC nelle "Linee guida n. 13 recanti la disciplina delle clausole sociali" (delibera n. 114 del 2019).

Suddivisione in lotti (artt. 58, comma 2 e 141, comma 5 - all. I.1)

La bozza di Codice connette la possibilità di derogare all'obbligo di suddivisione in lotti, in funzione "dell'interesse, anche di natura organizzativa, a una efficiente ed efficace esecuzione delle prestazioni".

Nell'Allegato I.1, inoltre, viene definito "lotto quantitativo", uno specifico oggetto di appalto funzionalmente autonomo da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, definito su base meramente quantitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto.

Per i settori speciali, la deroga alla suddivisione in lotti non va motivata in maniera rafforzata.

Valutazione: negativa. L'obbligo di suddivisione in lotti negli appalti pubblici rappresenta un principio fondamentale di matrice comunitaria, nell'ottica di garantire la massima concorrenza ed il mercato, anche per le MPMI.

Tale principio non può in alcun modo essere depotenziato o attenuato con la riscrittura del nuovo Codice. In linea con la normativa vigente, e in attuazione delle direttive UE, occorre quindi ripristinare l'obbligo stringente per le stazioni appaltanti di motivare la mancata suddivisione in lotti, dovendo rappresentare, questa, un'eccezione rispetto alla modalità ordinaria di affidamento degli appalti.

Proposta ANCE: occorre superare la possibilità per le S.A. di derogare all'obbligo di suddivisione in lotti per non meglio precisate ragioni organizzative. Inoltre, la nozione di lotto quantitativo finisce per sovrapporsi a quella di lotto funzionale e/o prestazionale con l'effetto di penalizzare la partecipazione alle gare delle MPMI.

Accordi quadro (art. 59)

La disciplina degli accordi quadro rimane pressoché invariata.

Valutazione: negativa. Nella bozza di Codice, a fronte degli ingenti impegni assunti da questi ultimi in sede di gara (sul piano economico, assicurativo e della qualificazione) l'operatore economico non ha alcuna certezza sui contratti

attuativi che saranno conferiti “a valle” dell’aggiudicazione

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

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

Revisione dei prezzi (art. 60)

L’attivazione della clausola revisionale scatta qualora si determini una variazione del costo dell’opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore ad una percentuale del 5% dell’importo complessivo e questa opera solo nella misura dell’80% della variazione stessa.

Si utilizzano indici sintetici delle variazioni dei prezzi relativi ai contratti di lavori, servizi e forniture, approvati dall’ISTAT con proprio provvedimento entro 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.

Valutazione: negativo il modo in cui è stata disciplinata l’attuazione della revisione prezzi. Secondo le migliori esperienze internazionali e le recenti indicazioni della commissione europea, la revisione dei prezzi dovrebbe essere applicata in senso dinamico, senza nessun limite, su metodi oggettivi e verificabili attraverso dati statistici.

Proposta ANCE: è necessario fissare la soglia oltre la quale scatta la revisione dei prezzi nel **2 per cento** dell’importo complessivo del contratto, nonché fissare al **90 per cento**, la misura della variazione dei prezzi che viene riconosciuta all’impresa; occorre eliminare la cadenza annuale di approvazione ed elaborazione degli indici, che finisce per snaturare l’istituto, riportandolo al meccanismo - fallimentare – di funzionamento delle compensazioni, a favore di un meccanismo semplice ed automatico, a cadenza mensile,

Revisione prezzi e rinnovo dei CCNL (art. 60)

La disposizione in esame prevede che le clausole di revisione prezzi si attivino al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, non prevedibili al momento della formulazione dell’offerta.

Valutazione: negativa

Proposta ANCE: occorre introdurre il seguente inciso, contenuto nella legge delega e non riportato nella bozza di Codice: *“compresa 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”.*

**Pari opportunità
(art. 61)**

Benché l'introduzione nei bandi di meccanismi per la promozione delle pari opportunità sembri circoscritta dall'articolo 61 ai c.d. contratti riservati, il rinvio all'allegato II.3, in cui sono riprodotte le disposizioni dell'art. 47 D.L. n. 77/2021, nonché un passaggio della relazione illustrativa, sembrano prefigurare il rischio di una applicazione generalizzata di tali strumenti a tutti gli appalti.

Valutazione: negativa

Proposta ANCE: evitare l'applicazione generalizzata agli appalti pubblici di lavori delle clausole sulle pari opportunità, anche abrogando l'Allegato II.3.

**Qualificazione
stazioni appaltanti
(art. 63 allegato
II.4)**

È prevista una specifica disciplina della qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza. La qualificazione per progettazione e affidamento è disegnata facendo riferimento a tre livelli di qualificazione. I requisiti di qualificazione sono declinati specificamente dalle Linee Guida approvate da ANAC, recepite nell'art. 1 dell'allegato II.4 al codice, in modo da garantire l'entrata in vigore della disciplina della qualificazione nei tempi previsti. Sono iscritti di diritto nell'elenco diverse stazioni appaltanti, tra cui il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, Consip S.p.a., Invitalia, Difesa servizi S.p.A., l'Agenzia del demanio, i soggetti aggregatori di cui all'articolo 9 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66.

Valutazione: negativa. La bozza di nuovo Codice delinea un sistema di qualificazione a maglie piuttosto larghe che, tra le altre cose, consente a diversi soggetti di essere qualificati di diritto.

Proposta ANCE: occorre prevedere un **sistema più selettivo**.

**Consorzi stabili
(art. 67)**

Si prevede un regime transitorio che riproduce, in tema di qualificazione SOA, la vigente disciplina, rimandando, invece, per la disciplina "a regime" ad un futuro regolamento, in cui verrà disciplinato, tra le altre cose, l'istituto del cd "cumulo alla rinfusa".

Valutazione: parzialmente negativa

Proposta ANCE: è necessario introdurre alcuni affinamenti volti ad eliminare quelle "storture", manifestatesi negli ultimi anni, che hanno portato a fenomeni "anticoncorrenziali", talora a danno del tessuto imprenditoriale sano e qualificato

**Responsabilità
solidale in caso di
ATI
(art. 68)**

La bozza di nuovo Codice si limita a riprodurre la vigente disciplina in tema di responsabilità solidale di tutti i componenti dell'ATI verso i subappaltatori e fornitori.

Valutazione: negativa. Questo regime determina un ingiustificato aggravio della posizione debitoria dei concorrenti.

Proposta ANCE: è opportuno superare la responsabilità solidale di tutti i componenti del raggruppamento nei confronti dei subappaltatori e fornitori, lasciando integrale solo quella verso i lavoratori che sono intervenuti in cantiere.

**Offerte “a rialzo”
(art. 70)**

La bozza di nuovo Codice mantiene l’inammissibilità delle offerte il cui prezzo superi l’importo posto a base di gara.

Valutazione: negativa. Occorre garantire che l’esecuzione dei lavori avvenga sulla base di prezzi in linea con il mercato, evitando l’aggiudicazione a prezzi incongrui

Proposta ANCE: è opportuno inserire la possibilità di presentare offerte “a rialzo” entro il 10%, in modo da ottenere un duplice vantaggio: a) in momenti di volatilità dei prezzi, evitare di avere gare deserte senza dover ricorrere ad aggiornamenti straordinari infrannuali dei prezzari; b) indurre le imprese a una maggiore ponderazione nel formulare, sotto la pressione di una concorrenza distorta, sconti esagerati, pur nella consapevolezza della irrealizzabilità delle opere a tali prezzi, con inevitabili significativi contenziosi e allungamento dei tempi di realizzazione.

**Cause di
esclusione non
automatica
(Art. 95)**

La bozza di nuovo Codice, nell’ambito delle cause di esclusione non automatica, rimanda all’Allegato II.10 per la definizione delle “gravi violazioni non definitivamente accertate” degli obblighi relativi al pagamento, tra l’altro, dei contributi previdenziali. A differenza di quanto previsto per gli inadempimenti di natura fiscale, per la definizione delle violazioni in materia previdenziale, il citato Allegato non riproduce del tutto la disposizione attualmente vigente in materia, rischiando di generare incertezze e criticità applicative.

Valutazione: parzialmente negativa, relativamente alla disciplina sull’esclusione per violazioni previdenziali

Proposta ANCE: occorre modificare l’Allegato II.10, nella parte relativa alla suddetta definizione in materia previdenziale, riproducendo in maniera corretta la disposizione attualmente vigente (art. 80 comma 4 sesto periodo del d. lgs. n. 50/2016).

È, inoltre, necessario introdurre nel medesimo Allegato un ulteriore articolo che riporti le disposizioni di cui all’art. 86 comma 2 lett. b) del d. lgs. n. 50/2016, nella parte in cui individua esplicitamente nel DURC il mezzo di prova sufficiente della non applicabilità all’operatore economico dei motivi di esclusione di cui all’attuale art. 80 comma 4, valido sia per le violazioni gravi definitivamente accertate che per le violazioni gravi non definitivamente accertate.

**Attestazione SOA
(art. 100)**

La bozza di nuovo Codice prevede la durata quinquennale dell’attestazione SOA e il periodo documentabile di 15 anni solo in via transitoria.

Valutazione: negativa. La forte ciclicità che tipizza il settore delle costruzioni impone, infatti, di non mutare i termini di validità o il periodo di riferimento dell’attestazione, pena un forte ridimensionamento delle qualificazioni delle imprese e, quindi, un sostanziale depauperamento del mercato e delle professionalità che questo esprime

Proposta ANCE: è opportuno stabilire anche “a regime” la durata quinquennale dell’attestazione, con verifica al terzo anno, nonché il periodo documentabile di 15 anni.

**Impegni
dell’operatore**

È stato introdotto un articolo, non presente nell’attuale Codice, il quale dispone che le stazioni appaltanti nei bandi richiedano agli operatori economici di

economico in materia di clausole sociali (art. 102) impegnarsi, oltre che a garantire l'applicazione del contratto collettivo nazionale e territoriale di settore, a "garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato" e a "garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate".

Valutazione: negativa.

Proposta ANCE: eliminare l'art. 102, per evitare il rischio che le stazioni appaltanti procedano a un'applicazione generalizzata e indiscriminata, per qualsiasi tipo di appalto, delle clausole sociali diverse dall'applicazione del CCNL (peraltro, i principi sulle clausole sociali previsti dalla legge delega trovano già attuazione in altre disposizioni della bozza di Codice).

Avvalimento premiale (art. 104, comma 12)

Si prevede la possibilità di utilizzare l'avvalimento per migliorare l'offerta

Valutazione: negativa. È necessario eliminare la possibilità di ricorrere all'avvalimento c.d. premiale, in cui il prestito delle risorse è diretto ad ottenere un punteggio più elevato e non invece il prestito dei requisiti di capacità mancanti

Proposta ANCE: eliminare l'avvalimento in funzione premiale.

Offerte anormalmente basse (art. 110)

Con riferimento alla disposizione sulla non ammissibilità di giustificazioni "in relazione agli oneri di sicurezza di cui alla normativa vigente" (lett. b del comma 4), non è più esplicitato il riferimento al piano di sicurezza e coordinamento previsto dall'articolo 100 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81

Valutazione: parzialmente negativa.

Proposta ANCE: per evitare incertezze, ripristinare la formulazione attualmente vigente di cui all'art. 97, comma 6 secondo periodo del d.lgs. 50/2016("in relazione agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento previsto dall'articolo 100 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81"). Occorrerebbe, inoltre, sostituire la parola "oneri" con la parola "costi". Infatti, i costi della sicurezza di cui al predetto piano di sicurezza e coordinamento sono quelli individuati dal committente dei lavori (stazione appaltante), non assoggettabili a ribasso d'asta, da non confondersi con gli "oneri aziendali della sicurezza", ossia gli oneri in materia di sicurezza a carico dell'operatore economico, oggetto di altre disposizioni del medesimo art. 110.

Illecito professionale (art 98- art. 169)

La bozza di nuovo Codice continua a riconoscere rilevanza, a titolo di illecito professionale, anche di fatti non definitivamente accertati, a sentenze non definitive, provvedimenti di rinvio a giudizio e applicazione misure cautelari. Inoltre, possono essere considerate anche condotte diverse da quelle espressamente previste, la cui gravità incida in modo evidente sull'affidabilità ed integrità dell'operatore.

Valutazione: negativa. L'istituto del grave illecito professionale ha costituito, fin dall'entrata in vigore della normativa del Codice 50, una causa di esclusione particolarmente critica e foriera di contenzioso. Non è quindi condivisibile la scelta di mantenere tale figura "aperta", nonchè di consentire agli enti che operano nei settori speciali la sua definizione in autonomia rispetto ai settori

ordinari. Il rischio è che vi sia ancora maggiore confusione nella definizione dei fatti rilevanti, ai fini della partecipazione.

Proposta ANCE: è necessario tipizzare maggiormente l'illecito professionale nonché superare, ai fini della rilevanza, il semplice rinvio a giudizio (art. 98). Occorrerebbe, inoltre, anche sotto tale profilo, uniformare la disciplina dei settori esclusi a quella dei settori ordinari, eliminando la possibilità per gli enti che operano nei settori esclusi di individuare autonomamente le condotte che costituiscono gravi illeciti professionali.

Riduzione garanzie sistema di qualità (artt. 106 e 117) Diversamente da quanto previsto dal Codice 50, non è più contemplata la riduzione del 50 % dell'importo della garanzia (provvisoria e definitiva) per gli operatori in possesso della certificazione europea del sistema di qualità.

Valutazione: negativa. Si tratta di un inspiegabile "passo indietro" rispetto alla disciplina vigente.

Proposta ANCE: reintrodurre tale riduzione delle garanzie, in presenza della certificazione di qualità.

Concessioni senza gara (art. 186) La bozza di nuovo Codice introduce una regola "ad hoc" per gli affidamenti dei concessionari "senza gara" di importo superiore alle soglie UE, che saranno tenuti ad esternalizzare una quota compresa tra il 50 ed il 60% dei contratti oggetto della convenzione. L'obbligo di esternalizzazione, inoltre, non si applica ai concessionari di lavori e servizi operanti nei settori speciali.

Valutazione: negativa. Si tratta di un forte *vulnus* al mercato, considerate anche le indicazioni della UE, che impongono, in assenza di un confronto concorrenziale "a monte" di recuperare tale gap "a valle", affidando a terzi gli appalti.

Proposta ANCE: in riferimento alla norma sui concessionari senza gara, bisogna eliminare il superamento totale dell'obbligo esternalizzazione per concessionari nei settori speciali.

Inoltre, occorre fissare, per i concessionari autostradali, la quota entro cui prevedere l'obbligo di esternalizzazione almeno al 60%.

Tetto massimo prezzo in caso di OEPV (art. 108)

La bozza di nuovo Codice ha eliminato il tetto massimo del 30% per il punteggio economico, in caso di OEPV.

Valutazione: negativa

Proposta ANCE: è fondamentale reintrodurre il tetto massimo al punteggio economico (max 20 per cento) al fine di evitare il rischio che le stazioni appaltanti trasformino il criterio dell'OEPV in un massimo ribasso "mascherato", attribuendo rilevanza determinante alla componente prezzo. Andrebbero anche evitate quelle formule economiche in grado di distorcere l'istituto dell'OEPV.

**Oneri di
acquartieramento
(art. 108)**

La bozza di nuovo Codice non contempla nessuna previsione sul punto.

Valutazione: negativa

Proposta ANCE: occorre introdurre una specifica disposizione volta a prevedere che gli oneri e i costi di acquartieramento siano specificatamente indicati in offerta dall'operatore economico, e poi contabilizzati e pagati, dalla stazione appaltante, in funzione del loro reale apprestamento. (art. 108).

**Rating d'impresa
(art. 109)**

Viene attribuita ad ANAC la gestione di un sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni, fondato su requisiti reputazionali, quale elemento del fascicolo virtuale degli operatori.

Il sistema è fondato su requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa in fase esecutiva, il rispetto della legalità, l'impegno sul piano sociale. Il sistema va attuato entro 18 mesi dalla data di entrata in vigore del codice (1° aprile 2023).

Valutazione: Il c.d. "rating d'impresa" non è presente nella delega. Andrebbe, pertanto, soppresso ovvero, in subordine, disciplinato all'interno del Regolamento sul sistema di qualificazione di cui all'art. 100, comma 8 della bozza in esame.

Proposta ANCE: secondo ANCE, il sistema di incremento convenzionale ipotizzato dovrebbe basarsi su indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili (in linea con l'art. 1 lettera g della legge delega). Si tratta di elementi primari che, transcendendo la logica del mero fatturato, contraddistinguono la capacità intrinseca dell'impresa, indipendentemente dalla forte e perdurante crisi di mercato.

**Ritenuta di
garanzia
(art. 117)**

La bozza di nuovo Codice consente alle stazioni appaltanti di opporsi alla sostituzione della garanzia definitiva con la ritenuta del 10 per cento sui SAL per motivate ragioni di rischio dovute a particolari caratteristiche dell'appalto o a specifiche situazioni soggettive dell'esecutore dei lavori.

Valutazione: positiva l'introduzione della possibilità per l'appaltatore di sostituire la garanzia definitiva con l'applicazione di una ritenuta a valere sugli stati di avanzamento pari al 10 per cento degli stessi.

Si tratta infatti di una soluzione che garantisce un meccanismo molto più flessibile e aggiornato, senza però compromettere in alcun modo il livello di garanzia richiesto dalle pubbliche committenze.

Tale meccanismo, per essere efficace, dovrebbe tuttavia trovare un'applicazione generalizzata, senza prevedere alcuna deroga o possibilità di diniego in capo alla stazione appaltante.

Negativa la facoltà per la S.A. di opporsi alla sostituzione della garanzia

definitiva con la ritenuta del 10 per cento sui SAL.

Proposta ANCE: eliminare la possibilità per la S.A. di opporsi alla sostituzione della garanzia definitiva con la ritenuta del 10 per cento sui SAL.

Indennizzo in caso di sospensione dei lavori (art. 121) L'articolo al comma 10 esclude ogni indennizzo in favore delle imprese in caso di sospensione dei lavori, anche legittime.

Valutazione: negativa.

Proposta ANCE: eliminare il comma 10 e l'ultimo periodo del comma 4. Occorre prevedere:

- il diritto ad ottenere un indennizzo in caso di sospensione dell'esecuzione del contratto dovuta a circostanze non prevedibili, quale ristoro patrimoniale per il sacrificio subito. Tale diritto sussiste anche in caso di richiesta di risoluzione contrattuale per eccessiva durata della sospensione;
- il diritto, nel caso di sospensioni di durata superiore a 45 giorni, ad ottenere il pagamento di un SAL corrispondente all'importo maturato sino a quel momento

Scorrimento in caso di esecuzione o completamento dei lavori, nel caso di impedimento e/o insolvenza dell'affidatario iniziale (art. 124) Lo scorrimento avviene alle medesime condizioni proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta. Le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che il nuovo affidamento avvenga alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato.

Valutazione: negativa, non in linea con la normativa di cui al DL semplificazioni.

Proposta ANCE: prevedere in via automatica lo scorrimento della graduatoria alle condizioni offerte dall'operatore economico interpellato, senza necessità che la stazione appaltante lo indichi nei documenti di gara.

Varianti (art. 120) Il nuovo Codice riproduce sostanzialmente i contenuti dell'articolo 106 del DL 50/2016.

Valutazione: negativa. L'art. 106 del Codice 50 rappresenta una delle norme più complesse e di difficile attuazione dell'intero Codice, al punto di aver fortemente limitato, se non addirittura bloccato in alcuni casi, il ricorso alle varianti in corso di esecuzione

Proposta ANCE: Occorre ridefinire la disciplina delle varianti in maniera più efficiente, includendo espressamente la sorpresa geologica e i ritrovamenti archeologici.

Premio di accelerazione (art. 126) Il premio di accelerazione può essere previsto solo in via facoltativa.

Valutazione: negativa

Proposta ANCE: occorre prevedere il premio di accelerazione in via obbligatoria, in linea con quanto previsto dal DI 77/2021.

**Servizi globali
(artt. 203 – 208)**

La bozza di nuovo Codice consente l'affidamento di tali servizi esclusivamente al Contraente Generale.

Valutazione: negativa

Proposta ANCE: è indispensabile consentire l'esecuzione dei servizi globali anche ad altri soggetti, oltre il contraente generale (artt. 203 e 208).

**Contenzioso
fideiussione
domanda cautelare
(art. 209)**

Anche se dalla decisione sulla domanda cautelare non derivino effetti irreversibili, il collegio può subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare alla prestazione, anche mediante fideiussione, di una cauzione di importo commisurato al valore dell'appalto e comunque non superiore allo 0,5 per cento di tale valore. La durata della misura subordinata alla cauzione è indicata nell'ordinanza. Resta fermo quanto stabilito dal comma 3 dell'articolo 119.

Valutazione: negativa, nella misura in cui limita il diritto di difesa dei concorrenti

Proposta ANCE: bisogna eliminare, in materia di contenzioso, la richiesta di una fideiussione a garanzia della domanda cautelare e prevedere l'obbligo per il chiamato di formulare un'ipotesi di danno dallo stesso generato.

**Contratto
collaborativo
(art. 2)**

La bozza di nuovo Codice non contempla tale forma di affidamento.

Valutazione: negativa. *Il “cost plus contract” o “cost reimbursable contract” è un modello contrattuale, particolarmente adatto per grandi progetti complessi, basato sulla collaborazione di tutte le parte coinvolte (stazione appaltante, appaltatore, subappaltatori, fornitori ecc.), che prevede che tutte le parti agiscano in modo tale da raggiungere un obiettivo comune ed è caratterizzato da*

- 1) contabilità gestita in *open-book*;
- 2) condivisione tra le parti dei rischi non assicurabili;
- 3) previsione di un iniziale *target cost* che sarà poi confrontato con i costi finali e ciò che si risparmierà o sarà speso in più rispetto al *target cost* iniziale, sarà condiviso da tutte le parti, tramite un meccanismo di *gain/pain share*.

Proposta ANCE: sarebbe opportuno prevedere il riferimento, tra le forme di affidamento relative ai contratti complessi e nei settori speciali, al contratto collaborativo, inteso, in analogia alla prassi internazionale, come il “contratto in cui la stazione appaltante e il contraente privato si impegnano a collaborare in buona fede per raggiungere un obiettivo comune, condividendo il risultato positivo o negativo del progetto” (art. 2).

**Pagamenti
(art. 125)**

È stata eliminata la previsione che consente all'esecutore di emettere fattura anche in assenza del rilascio del certificato di pagamento, da parte del Rup, oggi contenuta nell'articolo 113-bis del D.lgs. 50/2016.

Valutazione: negativa.

Proposta ANCE: occorre reintrodurre, nei pagamenti alle imprese, tale previsione, adottata a fronte delle numerose procedure d'infrazione comunitaria sulla normativa italiana in materia di pagamenti.

**Joint venture
(art. 142)**

Le disposizioni del Codice non si applicano ai contratti aggiudicati ad una joint venture, composta esclusivamente da più stazioni appaltanti o enti concedenti per svolgere le attività nei settori speciali, o a un'impresa collegata a una di tali stazioni appaltanti o enti concedenti.

Valutazione: negativa

Proposta ANCE: prestare attenzione alla disciplina in materia di "joint venture e affidamenti a imprese collegate", laddove incida sul principio di concorrenza.

**Opere di
urbanizzazione a
scomputo
(art. 13, comma 7 e
allegato I.12)**

La nuova dislocazione della disciplina in parte nell'art. 13 e in parte nell'ambito di un apposito Allegato I.12 (a sua volta suddiviso in diversi articoli con rubriche generiche rispetto all'argomento disciplinato), rischia di dare adito ad interpretazioni errate tali da portare a ritenere che siano sempre le amministrazioni comunali ad assumere la funzione di stazione appaltante e ad indire la relativa gara, escludendo quindi l'ipotesi principale per cui i privati assumono la funzione di stazione appaltante.

Non viene inoltre riprodotta la norma (attualmente contenuta nell'art. 38, comma 10 del D.lgs. 50/2016) che esclude espressamente i privati che realizzano opere a scomputo dal sistema della qualificazione delle stazioni appaltanti.

Valutazione: parzialmente positiva

Proposta ANCE:

- chiarire nell'Allegato I.12 che la possibilità prevista per l'amministrazione di indire la gara è "alternativa" all'ipotesi in cui è il soggetto privato ad assumere la funzione di stazione appaltante;
- specificare che i privati che realizzano opere di urbanizzazione a scomputo sono esclusi dal sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti disciplinato dall'art.63, nonché dalle regole sull'aggregazione e centralizzazione della committenza pubblica di cui all'art. 62.

Si allega infine una tabella di raffronto di alcune norme del Codice rispetto ai principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega n. 78/2022 (allegato 1).