

Applicazione del Codice dei Contratti Pubblici: indagine conoscitiva

Audizione dell'Ance

Presso la Commissione Lavori Pubblici del
Senato della Repubblica

5 Dicembre 2018

I LAVORI PUBBLICI

Come far ripartire i cantieri

I. PREMESSA.....	5
➤ Il rigore “a senso unico” ha spento il motore dell’economia negli anni della crisi	5
➤ La riforma del nuovo Codice: un obiettivo mancato	6
➤ La burocrazia: un macigno che blocca il paese.....	7
➤ Rimuovere gli ostacoli nelle procedure di spesa	7
➤ Superare la paralisi decisionale della PA	9
II. PARTE I: SUBITO UN DECRETO “SBLOCCA CANTIERI”: PROPOSTE PER FAR RIPARTIRE I LAVORI PUBBLICI	7 10
1. Il subappalto	10
2. I criteri di aggiudicazione.....	11
3. Le procedure negoziate sotto soglia.....	12
4. La nuova qualificazione SOA.....	13
5. L’appalto integrato	14
6. La partecipazione alle gare di imprese in crisi	14
7. Split payment	15
III. PARTE II . PROPOSTE PER IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI .	17
1. Il mercato delle opere ordinarie	17
➤ La “grande fuga” dal codice.....	17
➤ Concessionari senza gara.....	18
2. Snellire le fasi di localizzazione e approvazione progetti di opere pubbliche.....	18
3. Un Codice snello e un Regolamento attuativo per i lavori pubblici	20

4.	<i>Le proposte specifiche per il nuovo Codice.....</i>	20
a.	<i>La fase di qualificazione</i>	20
➤	L'attestazione SOA.....	20
➤	Qualificazione ex articolo 84 comma 12	21
➤	Il rating d'impresa.....	23
➤	La qualificazione dei consorzi stabili	23
b.	<i>Le fase di gara</i>	24
➤	Gli accordi-quadro	25
➤	Regolarità fiscale per la partecipazione alle gare e blocco dei pagamenti della PA	25
➤	Il computo metrico estimativo	26
➤	L'OEPV e il problema delle miglione sul progetto esecutivo	27
➤	I costi della manodopera	28
➤	Applicazione Ccnl.....	28
c.	<i>La fase dell'esecuzione dei lavori</i>	29
➤	La dimensione delle imprese.....	29
➤	Revisione prezzi	29
➤	Tempistica di pagamento del corrispettivo.....	30
➤	Eccezione di inadempimento	30
➤	Raggruppamenti temporanei di imprese	31
d.	<i>Il contenzioso</i>	32
➤	Definire con certezza e velocità il contenzioso in gara	32
➤	Ridurre il contenzioso in fase esecutiva, valorizzando anche gli strumenti di tutela alternativi al giudizio.....	33
i.	Eliminazione della norma taglia riserve.....	33
ii.	Accordo bonario	33
iii.	Collegio consultivo tecnico	34
iv.	Arbitrato	34
v.	Precontenzioso innanzi all'Anac ex articolo 211	35
vi.	Tribunale delle imprese.....	35
e.	<i>La cooperazione tra pubblico e privato</i>	35
➤	IL PPP	35
➤	Contraente generale.....	36
➤	Le opere a scomputo	36
➤	Opera pubblica realizzata a spese del privato.....	37
f.	<i>Il rispetto dell'ambiente e la sicurezza.....</i>	38

➤	I CAM	38
➤	La sicurezza sul lavoro	39
g.	<i>La legalità.....</i>	40
➤	I Protocolli di legalità	40
➤	Le misure di prevenzione antimafia, il sequestro e la confisca penali, il commissariamento d'impresa	41
➤	L'esclusione dalle gare per grave illecito professionale	42
➤	Il Rating di legalità	43
h.	<i>Le imprese in stato di crisi</i>	43
➤	Riforma delle crisi aziendali e Codice dei Contratti: necessità di un' armonizzazione delle discipline	43
➤	La partecipazione alle procedure di gara e l'esecuzione del contratto di appalto per le imprese in concordato "in bianco" o con continuità aziendale	44
➤	La prosecuzione dei contratti contratto di appalto	46
➤	Le imprese in liquidazione giudiziale (fallite)	46
➤	Le associazioni temporanee di imprese	47
➤	Le procedure di allerta e la composizione assistita della crisi- I reiterati ritardi nei pagamenti.....	48

I. PREMESSA

➤ *Il rigore “a senso unico” ha spento il motore dell’economia negli anni della crisi*

L’Italia ha un pesante ritardo infrastrutturale che rende urgente l’adozione di misure per accelerare la realizzazione di opere pubbliche necessarie per la qualità della vita e per la crescita. Manutenzione del territorio, sicurezza delle scuole e degli edifici pubblici, infrastrutture per la competitività delle città e dei territori sono indispensabili per lo sviluppo sociale oltre che economico del Paese.

Le misure messe in campo nell’ultimo triennio dimostrano che il decisore pubblico ha ben presente tale imprescindibile obiettivo.

Dopo anni di scelte di politica economica, improntate esclusivamente al “rigore” (dal 2008 al 2015, gli stanziamenti per nuove infrastrutture si sono ridotti del 41,2%, a fronte di un aumento delle spese correnti del +10%), nell’ultimo triennio sono state messe in campo ingenti risorse per la realizzazione delle infrastrutture (140 miliardi di euro nei prossimi 15 anni).

Nonostante questa inversione di tendenza, che è stata accompagnata da importanti misure di carattere contabile a sostegno delle opere pubbliche, come il superamento del Patto di Stabilità Interno e l’adozione di una politica degli investimenti pluriennale per i principali soggetti attuatori e programmi di spesa, gli investimenti realizzati sono molto al di sotto delle aspettative.

Significativo è l’andamento della spesa per investimenti dei comuni che ha raggiunto nel 2017 il livello più basso dall’inizio della crisi, facendo registrare una riduzione del 51,3% rispetto al 2008, accompagnata da una crescita del 10,3% della spesa corrente.

Una riduzione che risulta confermata anche nel primo semestre dell’anno in corso, con un ulteriore calo dell’8% (Dati Siope – Ragioneria Generale dello Stato).

Questi risultati sono dovuti a procedure di spesa delle risorse troppo lente e farraginose che impediscono l’apertura in tempi rapidi dei cantieri aumentando il gap tra stanziamenti e risorse effettivamente spese per infrastrutture.

Un forte sostegno agli investimenti, e in particolar modo a quelli infrastrutturali, risulta confermato anche nel DDL di bilancio per il 2019, attualmente all’esame della Camera dei Deputati.

La manovra di finanza pubblica, infatti, prevede 15 miliardi di euro di investimenti pubblici aggiuntivi nei prossimi tre anni, dei quali 3,5 miliardi già nel 2019 e alcune importanti misure di finanza pubblica per gli enti territoriali, potenzialmente in grado di accelerare la realizzazione delle opere pubbliche di loro competenza.

Allo stato attuale, le risorse stanziare, indispensabili per il nostro Paese, sono destinate a rimanere mere postazioni contabili e non produrranno alcun effetto in termini di spesa effettiva perché si scontreranno con procedure che bloccano la realizzazione di qualsiasi iniziativa, seppur finanziata.

➤ ***La riforma del nuovo Codice: un obiettivo mancato***

Il nuovo **Codice dei Contratti Pubblici**, di cui al **D.lgs. n. 50/2016**, è entrato in vigore **ad aprile 2016**, con l'obiettivo di definire un quadro normativo in linea con l'Europa, capace di garantire a tutti gli attori del mercato - stazioni appaltanti, progettisti, imprese - regole chiare ed efficaci, in chiave di crescita del Paese e di rilancio degli investimenti.

La riforma, nonostante la sostanziale condivisione di gran parte dei principi che l'hanno ispirata, contenuti nella Legge Delega n. 11/2016, **dopo due anni** dalla sua entrata in vigore, **appare ancora lontana da un suo definitivo compimento**.

A 2 anni dall'entrata in vigore della riforma, **dei circa 60 provvedimenti attuativi** previsti dal Codice, in sostituzione del Regolamento Generale, **ne sono stati adottati meno della metà**.

In questo quadro, peraltro, risultano **ancora inattuati** il sistema di **qualificazione delle stazioni appaltanti e l'albo dei commissari esterni**, che avrebbero dovuto costituire i pilastri della riforma in materia di trasparenza.

In questo contesto, **il decreto correttivo n. 56/2017**, malgrado abbia apportato alcuni indubbi miglioramenti al Codice, **non ha sciolto tutti** quei **"nodi"** che impediscono il pieno raggiungimento delle finalità di rilancio del settore.

Peraltro, l'emanazione del correttivo ha determinato anche la necessità di rivisitare alcuni dei provvedimenti di attuazione medio tempore varati, con ulteriore allungamento dei tempi di completamento della riforma.

La promessa di organizzare il settore in maniera più snella, tempestiva ed organica ha purtroppo fallito, e nemmeno il decreto correttivo del 2017 è riuscito ad imprimere il tanto atteso cambio di passo.

Si continua a registrare una **diffusa tendenza a disapplicare il Codice**, che riemerge non appena occorre far fronte ad eventi "straordinari", con termini di realizzazione non prorogabili. Ne sono riprova le numerose normative in deroga al Codice, introdotte da quando è entrato in vigore: si pensi ai lavori della ricostruzione post sisma del Centro Italia, ai Mondiali di sci di Cortina 2021, al G7 Taormina e alle Universiadi 2019, solo per citarne alcuni esempi.

Ciò rappresenta la prova tangibile che le nuove norme sono eccessivamente complesse e impossibili da attuare in tempi obbligati.

Peraltro, la "fuga" dal Codice si registra anche più in generale, cioè oltre i casi di stretta emergenza.

I **settori esclusi**, in tutto o in parte, dall'applicazione del Codice (tra cui i settori speciale relativi all'acqua, all'energia, gas ed ai trasporti) **hanno sempre maggiore rilevanza, e questo penalizza l'intero settore.**

➤ ***La burocrazia: un macigno che blocca il paese***

La **burocrazia** continua ad essere un **pesante macigno che blocca il Paese**, con un costo altissimo anche in termini di competitività: secondo la Banca mondiale, **l'Italia è solo al 46° posto su 190 Paesi per facilità di fare business.**

L'eccesso di burocrazia significa più **corruzione** e porta alla **deresponsabilizzazione dei funzionari pubblici**. Per i lavori pubblici, ciò significa:

- costi abnormi e oneri aggiuntivi per le imprese, diretti e indiretti, connessi ai **tempi infiniti per concludere le operazioni di gara** da parte delle stazioni appaltanti;
- **labirinto di adempimenti**, come ad esempio quelli **connessi** all'indicazione della **terna dei subappaltatori** in gara;
- troppo **lunghe** e incerte le **procedure per aprire i cantieri**
- **blocco delle decisioni della PA** (autosospensione).

➤ ***Rimuovere gli ostacoli nelle procedure di spesa***

E' necessario intervenire **per semplificare e snellire le procedure di spesa**. In quest'ottica, occorre, in particolare:

- I ripetuti passaggi al **CIPE**, previsti per la programmazione e per l'approvazione dei diversi livelli progettuali, nonché nell'assegnazione delle risorse, sono tra le cause che determinano un allungamento dei tempi di realizzazione delle opere. Basti considerare che in media una delibera CIPE impiega circa 5 mesi per completare il complesso iter di approvazione previsto, con casi che arrivano anche a superare l'anno. Occorre intervenire per velocizzare le attività di approvazione dei progetti, lasciando la responsabilità ai soggetti attuatori e riconducendo al CIPE l'originale funzione programmatoria.

Proposta

Occorre intervenire sugli articoli 202 e 214 del Codice degli appalti (D.Lgs n. 50/2016) attraverso l'eliminazione dei passaggi al Cipe:

- laddove le singole leggi di spesa già provvedano ad individuare gli interventi da realizzare e le necessarie risorse;

- successivi all'approvazione, da parte dello stesso Comitato, del Documento pluriennale di pianificazione.

Il processo realizzativo dovrebbe prevedere, laddove è già previsto il passaggio al CIPE:

- la programmazione di interventi e delle risorse finanziarie in sede CIPE, laddove non definita per legge o in altro atto normativo di portata generale, con i relativi aggiornamenti annuali;

- la definizione e l'approvazione dei vari livelli progettuali da parte dell'amministrazione competente o della stazione appaltante, con successiva trasmissione dei progetti al CIPE al momento dell'aggiornamento della programmazione.

Al riguardo, appare opportuno ricordare, in particolare, che il Documento Pluriennale di Pianificazione (DPP), nel quadro delineato nel Codice degli appalti, costituisce lo strumento unitario di programmazione triennale delle risorse per gli investimenti pubblici. Tale documento contiene, infatti, l'elenco degli interventi di competenza del Ministero, comprese le opere la cui progettazione di fattibilità è valutata meritevole di finanziamento.

Il DPP è redatto e approvato con cadenza triennale ai sensi del D.Lgs 228/2011. Ciò vuol dire che è già prevista l'approvazione del CIPE e, annualmente, la predisposizione da parte del Ministero delle infrastrutture di una relazione sullo stato di avanzamento degli interventi da allegare al Documento di Economia e Finanza.

Tale relazione annuale contiene eventuali aggiornamenti e modifiche apportate ai progetti e viene trasmessa al CIPE, per la presa d'atto, ai sensi dell'art.2 comma 6 del sopra richiamato D.Lgs 228/2011.

Questi passaggi al CIPE appaiono sufficienti a garantire la funzione di programmazione e controllo attribuita al Comitato.

In questo contesto appare, quindi, possibile semplificare l'iter realizzativo delle opere infrastrutturali prioritarie eliminando tutti i passaggi al CIPE, successivi all'approvazione del DPP, che non hanno carattere programmatico e si riferiscono a singoli interventi.

Si tratta di un intervento coerente con la scelta del definitivo superamento della Legge Obiettivo.

La proposta di modifica all'articolo 216, ai fini di uno snellimento del processo realizzativo delle opere pubbliche, interviene sulle disposizioni transitorie, proponendo che le opere strategiche, già inserite negli strumenti di programmazione approvati e per le quali la procedura di valutazione di impatto ambientale sia già stata avviata alla data di entrata in vigore del Codice (19 aprile 2016), siano approvate dagli enti aggiudicatori, fatti salvi tutti i procedimenti autorizzativi già perfezionati secondo la disciplina previgente.

- prevedere che la registrazione delle **delibere** CIPE da parte della **Corte dei Conti** avvenga entro 60 giorni dalla seduta del Comitato, decorsi i quali, in caso di silenzio, la registrazione s'intenda assentita.;

- stabilire che il **Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici** si esprima solo sui progetti di importo superiore a 200 milioni di euro entro 60 giorni ed ove il parere venga richiesto dall'ente gestore; decorso tale termine, il parere si intende reso in senso favorevole.

Resta fermo che, sul piano della governance delle procedure, l'istituto della **conferenza di servizi** deve sempre più rappresentare, in termini di tempestività e di cogenza delle determinazioni assunte, uno strumento di accelerazione dell'iter decisionale nella fase "a monte" della gara.

➤ *Superare la paralisi decisionale della PA*

Appare indispensabile addivenire ad un sistema di **norme e procedure che non spingano la PA a fuggire dalle proprie responsabilità**. In particolare, è necessario intervenire sui seguenti temi:

- **ABUSO D'UFFICIO**, al fine di riconfigurare il perimetro del reato di abuso d'ufficio, a partire dalla figura dell'omissione di atti d'ufficio, affinché non possa essere più conveniente il "non fare" piuttosto che "il fare";
- **RESPONSABILITA' ERARIALE**, al fine di limitare le possibilità di richieste di risarcimento per danno erariale da parte della Corte dei Conti, escludendola in ogni caso, in presenza di sentenze riformate tra vari gradi di giudizio, e comunque ogni volta che il pubblico funzionario dia specificamente conto nella sua delibera di aver agito in adempimento di circolari, linee guida, bandi tipo (MIT/ANAC) o sentenze, salvo che la Corte dei Conti non dimostri la mala fede il dolo.
- **RUOLO DELL'ANAC**, al fine di superare il sistema della "*soft law*" imperniato sulle Linee Guida e ritornare ad un'unica fonte regolamentare, nella quale assorbire i provvedimenti *medio tempore* adottati, opportunamente rivisti e coordinati. Ciò, al fine di dare certezza normativa alle diverse fonti di disciplina finora adottate (D.M., DPCM, Linee Guida Anac vincolanti, etc),. Resta ferma la funzione di vigilanza, controllo e deflazione del contenzioso dell'ANAC, per mantenere il presidio forte a garanzia della legalità e lotta alla corruzione nel settore degli appalti pubblici.

II. PARTE I: SUBITO UN DECRETO “SBLOCCA CANTIERI”: 7 PROPOSTE PER FAR RIPARTIRE I LAVORI PUBBLICI

L’iter normativo che condurrà ad una revisione completa del Codice implicherà una tempistica di medio periodo.

Per tale ragione, **è essenziale che alcune fondamentali misure “anticrisi” vengano recepite subito, attraverso un decreto legge “sbloccacantieri”, da adottarsi con urgenza entro fine anno.**

Tali misure dovranno trovare applicazione fino a quando il nuovo quadro normativo “a regime” non sarà completato, **anticipando alcune misure fondamentali.**

In particolare, occorre:

1. Il subappalto

Al fine di superare gli attuali limiti, diretti ed indiretti, introdotti con il nuovo Codice, occorre riportare il subappalto in linea con le prescrizioni comunitarie

Proposta

E’ necessario, in particolare, **superare** i seguenti aspetti critici:

- **il limite del 30 per cento dell’importo totale dell’appalto**, quale quota massima di lavori subappaltabile;
- **l’obbligo di ATI verticale per le categorie super-specialistiche**;
- **il limite del 20 per cento sui prezzi risultanti dall’aggiudicazione, quale massimo ribasso praticabile** al subappaltatore;
- **il divieto di ribasso sui costi della manodopera** relativi alle prestazioni affidate in subappalto;
- **l’obbligo di pagamento diretto del subappaltatore in caso di micro o piccola impresa**, sia in caso di appalto sia di concessioni;
- **l’obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori**, sia in caso di appalto sia di concessioni;
- **il divieto per l’appaltatore di qualificarsi anche attraverso i lavori affidati in subappalto**
- **l’esclusione dalla gara laddove il subappaltatore indicato in terna non abbia i requisiti.**

2. I criteri di aggiudicazione

È necessario addivenire ad una più corretta applicazione dei criteri di aggiudicazione dell'OEPV e dell'esclusione automatica delle offerte anomale, con metodo antiturbativa.

La generalizzazione del criterio dell'OEPV sopra una certa soglia di importo non appare giustificabile.

Peraltro, la mancata attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, unitamente alla mancata operatività dell'albo dei commissari di gara, fanno venir meno i due unici contrappesi previsti dal nuovo Codice alla discrezionalità delle amministrazioni sottesa all'applicazione dell'OEPV.

Senza contare i costi eccessivi che la partecipazione a tali gare comporta.

Al contempo, il ricorso al massimo ribasso "puro", con verifica dell'anomalia, è da contrastare perché non garantisce la qualità dell'opera, né che la stessa venga realizzata in tempi e costi certi.

E', altresì, indispensabile **ampliare la possibilità di ricorso all'esclusione automatica delle offerte anomale con metodo "antiturbativa", ritoccando i sistemi matematici di determinazione della soglia di anomalia**, di cui all'art. 97 del Codice.

In particolare, il metodo di determinazione della soglia di anomalia andrebbe rivisto, sulla base dei seguenti obiettivi:

- 1) **mantenere l'attuale alternativa tra più e diversi possibili** metodi matematici, aumentando gli elementi di variabilità, per impedire eventuali condizionamenti;
- 2) **eliminare il "sorteggio in gara" del sistema matematico** da applicare - che potrebbe prestare il fianco a situazioni distorsive - e rendere la sua scelta automatica;
- 3) **puntare su metodi equilibrati**, che, da un lato, evitino situazioni di eccessivo ribasso, e, dall'altro lato, non precludano la presentazione di offerte economicamente convenienti anche per l'amministrazione.

Proposta

Fino a quando non verrà istituito **l'albo dei Commissari esterni** e il **sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti**, l'OEPV:

- **deve essere vietata sotto i 2 milioni di euro;**
- **consentita, nella fascia tra 2 milioni e la soglia comunitaria, solo in presenza di complessità tecnica dell'appalto;**
- **in assenza di complessità tecnica, va applicato il sistema dell'esclusione automatica delle offerte anomale, accompagnato da un metodo "antiturbativa" revisionato**

rispetto a quello attuale, che non ha dato i risultati sperati in termini di contenimento dei ribassi (al riguardo andrà sperimentato un altro metodo antiturbativa);

- i **criteri di valutazione tecnica** devono essere **oggettivi, misurabili** e il più possibile **declinati in sub-criteri, con puntuali verifiche in fase esecutiva** sulla effettiva attuazione delle migliori offerte;

- per la valutazione della componente prezzo occorre adottare **metodi di calcolo che consentano di contenere la rilevanza dei ribassi**;

- le **soglie di importo per l'applicazione dei criteri di aggiudicazione** devono essere le stesse anche per il settore dei **beni culturali**.

3. Le procedure negoziate sotto soglia

Bisogna selezionare le imprese sul mercato, valorizzando quelle serie e adeguatamente qualificate.

Il Codice ha introdotto questo principio. Occorre dare ad esso piena attuazione.

Per questa ragione, non è accettabile che le stazioni appaltanti utilizzino un metodo casuale, come il **“sorteggio”**, per individuare gli operatori economici da invitare alle procedure negoziate.

Si tratta, infatti, di un **meccanismo che svisciva la qualificazione acquisita dalle imprese**, in quanto non tiene in alcuna considerazione le effettive capacità dei potenziali concorrenti e vanifica qualunque possibilità di programmazione dell'attività di impresa.

È necessario, quindi, eliminare completamente l'utilizzo di tale meccanismo, garantendo comunque alle amministrazioni una gestione semplice e veloce della procedura negoziata senza bando, nel massimo rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza.

Proposta

- ✓ per i lavori **fino a 40.000 euro**: favorire l'applicazione della disposizione sull'affidamento diretto;
- ✓ per i lavori **sopra i 40.000 euro e fino a 150.000 euro**: RUP sceglie liberamente gli invitati, anche attraverso criteri che favoriscono l'imprenditoria locale, sempre nel rispetto del principio di rotazione degli inviti;
- ✓ per i lavori **sopra i 150.000 euro e fino a 500.000 euro**: il RUP utilizza un meccanismo di “sorteggio pubblico qualificato”, che preveda di riservare il 50% degli inviti alle imprese “locali” idoneamente qualificate e che hanno manifestato interesse, ed il restante 50% a tutte le altre imprese che hanno manifestato interesse, sempre idoneamente qualificate.
- ✓ per i lavori **sopra i 500.000 e fino ad 1 milione di euro**: procedura aperta o procedura negoziata con indagine di mercato e obbligo per la stazione appaltante di invitare tutti i soggetti idoneamente qualificati che hanno manifestato interesse - in entrambi i casi - con semplificazioni procedurali (gara con metodo antiturbativa)

rivisto, solo con l'offerta, verifiche a "campione" in gara e verifica solo sull'aggiudicatario).

4. La nuova qualificazione SOA

Bisogna **migliorare la qualificazione SOA**, al fine di garantire la par condicio nella competizione tra le imprese e l'interesse pubblico a vedere opere concluse e non solo appaltate; ciò senza escludere, nella fase "a regime", la previsione di criteri qualitativi e reputazionali per misurare l'affidabilità degli operatori economici, che non possono essere valutati solo su aspetti quantitativi o numerici; occorre inoltre prevedere, al di sopra di certi importi, indici di bilancio aggiuntivi e non sostitutivi rispetto al fatturato minimo richiesto che attestino la solidità patrimoniale e finanziaria dell'impresa.

In attesa del completamento del processo di riforma, occorre introdurre alcune misure urgenti, che possano consentire alle imprese di traggare le aziende fino a quella data

Proposta

La riforma della qualificazione SOA deve passare per **due momenti essenziali**:

- 1) in via transitoria**, fino all'attuazione del nuovo sistema di qualificazione, **"congelamento" delle qualificazioni attuali**, previa verifica della sussistenza di quattro parametri in capo all'impresa, che ne dimostrino "l'esistenza in vita":
 - patrimonio netto pari al 5% della cifra d'affari dell'ultimo anno;
 - almeno tre anni degli ultimi 5 chiusi in utile;
 - continuità dell'iscrizione in cassa edile;
 - assenza di concordato o di presentazione di istanza di concordato.
- 2) "a regime", una nuova qualificazione** da attuare secondo i presupposti sopra descritti, consentendo inoltre, l'utilizzabilità *sine die* dei certificati di esecuzione lavori - sulla falsa riga della qualificazione nei beni culturali - con una verifica triennale "alleggerita" ed ulteriori affinamenti.

5. L'appalto integrato

Il **divieto assoluto di appalto integrato** ed il conseguente obbligo di andare in gara con la progettazione esecutiva ha rappresentato un **ostacolo al percorso di crescita/atterraggio degli investimenti**, tanto più se legato alla difficoltà di individuare risorse e figure professionali per le sole progettazioni.

La garanzia rispetto alla centralità e alla qualità del progetto è data peraltro dal rafforzamento dei contenuti dei singoli livelli di progettazione e dall'obbligo, a partire dal 2019, della progettazione in BIM.

Inoltre, **l'appalto integrato appare maggiormente coerente** – se del caso – **con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa** che consente al mercato di esprimere le reali migliori progettuali. D'altra parte, una sensibile rivalutazione dello strumento dell'appalto integrato è stata già compiuta nel decreto correttivo, così come nelle norme derogatorie per il suo utilizzo, introdotte per il sisma del Centro Italia e le Universiadi 2019.

Proposta

Occorre **ripristinare la possibilità di ricorrere all'appalto integrato** per la realizzazione di investimenti pubblici, consentendo alle stazioni appaltanti di ricorrere all'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori **sulla base comunque - e obbligatoriamente - di un progetto definitivo** dell'amministrazione aggiudicatrice.

6. La partecipazione alle gare di imprese in crisi

La **partecipazione alle gare di imprese fallite o in concordato in continuità costituisce un fenomeno distorsivo del mercato, che penalizza le imprese sane**. Queste ultime, infatti, non possono disporre di forme di protezione dai creditori analoghe a quelle che accompagnano tali procedure liquidatorie.

Proposte

E' necessario **eliminare la possibilità di far partecipare alle gare imprese fallite o in concordato in continuità** – con l'eccezione dell'ipotesi in cui sia stato presentato, ai fini dell'ammissione alla continuità, un piano di rientro che preveda **la soddisfazione di ciascun credito chirografario nella misura minima del 50%, nonché l'ottemperanza al divieto di cessione del ramo d'azienda relativo al contratto d'appalto.- o anche in amministrazione straordinaria**, la cui presenza altera una sana concorrenza nel mercato.

Occorre definire compiutamente il concetto di **cessione di ramo d'azienda** chiarendo che, nei lavori pubblici, l'operazione non può mai coincidere con la cessione di un contratto/lavoro. Bisogna poi introdurre *ex lege* un **meccanismo di adeguamento dei**

prezzi che garantisca il permanere dell'equilibrio contrattuale, in caso di significativi aumenti del costo dei materiali, verificatesi durante la fase realizzativa delle opere.

Infine, **per le ati orizzontali**, fatta salva la **responsabilità solidale** verso la stazione appaltante, occorre rimodulare quella **verso i terzi**, mantenendo quest'ultima **solo nell'ipotesi di inadempienza nei confronti dei lavoratori** che, a qualsiasi titolo, siano intervenuti, in cantiere, per l'esecuzione dell'opera; ciò, anche per i contratti in corso di esecuzione.

7. Split payment

A seguito dell'autorizzazione delle autorità comunitarie, il meccanismo della “*scissione dei pagamenti*” (cd. “*split payment*”), introdotto nel 2015, è stato prorogato sino a giugno 2020, superando così la data del 31 dicembre 2017, originariamente fissata dalla stessa Unione Europea quale termine ultimo d'applicazione dello strumento. Inoltre, con due provvedimenti successivi è stato ampliato l'ambito soggettivo d'applicazione del meccanismo, coinvolgendo anche le società a partecipazione pubblica, nonché gli enti pubblici economici e le fondazioni partecipate da pubbliche amministrazioni.

Il più recente dibattito sull'eliminazione di tale adempimento, avviato da alcuni esponenti del Governo nell'ottica di porre in essere una semplificazione degli adempimenti a carico degli operatori economici, ha portato all'esclusione dei soli professionisti dall'ambito operativo del meccanismo (DL 87/2018, convertito con modifiche nella legge 96/2018).

Di contro, per tutti gli altri soggetti economici che operano con le Pubbliche Amministrazioni l'applicazione dello *split payment* è stato mantenuto, ancorché, per gli stessi soggetti e nei rapporti con le medesime stazioni appaltanti pubbliche, già vige, oramai dal 2015, la fatturazione elettronica come strumento anch'esso deputato alla lotta all'evasione nel comparto dell'IVA.

Dopo quasi 4 anni dall'introduzione della fatturazione elettronica, si può quindi sostenere che l'utilizzo del meccanismo dello *split payment* è divenuto del tutto superfluo, come mezzo di contrasto al sommerso.

Ciò è ancor più evidente alla luce della recente estensione dell'obbligo di fatturazione elettronica, disposta in via anticipata al 1° luglio 2018 (anziché dal 1° gennaio 2019), proprio per i subappaltatori/subcontraenti della filiera degli appalti pubblici (art.1, co.917, legge 205/2017).

Tutto questo arreca un grave danno alle imprese, sia sotto il profilo degli adempimenti, sia dal punto di vista economico-finanziario, alla luce del fatto che lo *split payment* provoca un aumento esponenziale del credito IVA, con tutte le difficoltà di recupero tempestivo dello stesso.

Tale criticità, poi, si aggrava quando i lavori sono realizzati tramite strutture consortili. In questi casi, infatti, il credito IVA si forma in capo al Consorzio che, per sua natura, è destinato a sciogliersi ad opera ultimata, per cui il recupero del credito diventa veramente difficoltoso.

Questo comporta, per le imprese, una pesante perdita di liquidità che l'ANCE ha stimato in circa 2,4 miliardi di euro l'anno, che mette seriamente a rischio l'equilibrio finanziario delle

imprese, costrette anche a subire i ritardati pagamenti della pubblica Amministrazione, che drenano ulteriori 8 miliardi di liquidità.

Proposta

Bisogna abrogare lo split payment o, comunque, rendere l'IVA una partita contabilmente neutra prevedendo, per le imprese soggette "a monte" allo split payment, l'applicazione del reverse charge "a valle" anche sulle forniture.

III. PARTE II . PROPOSTE PER IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

1. Il mercato delle opere ordinarie

Si registra una diffusa tendenza a non applicare il codice, che riemerge maggiormente non appena occorre far fronte ad eventi straordinari, con termini di realizzazione non prorogabili.

➤ *La “grande fuga” dal codice*

Si pensi, ad esempio, alla normativa derogatoria che ha contraddistinto i lavori della ricostruzione post Sisma del Centro Italia, quelli per i Mondiali di sci di Cortina 2021, o anche per il G7 Taormina. Ciò, nonostante il Codice preveda espressamente tutte le procedure d’urgenza applicabili in tali circostanze.

I settori esclusi, in tutto o in parte, dall’applicazione del codice (tra cui i settori speciali relativi all’acqua, all’energia, al gas ed ai trasporti) hanno sempre maggiore rilevanza, e questo danneggia l’intero settore.

CONTRATTI PUBBLICI PER LAVORI
Composiz.% dell’importo per tipologia di settore



Elaborazione Ance su dati Anac

Proposta

Occorre prevedere un “contratto tipo” unico sia per i settori ordinari che per quelli speciali.

➤ **Concessionari senza gara**

La legge di Bilancio 2018 ha modificato la norma del Codice riguardante gli affidamenti a terzi dei concessionari, disponendo, per i concessionari autostradali, una riduzione della quota di lavori da esternalizzare, che è passata dall'80 al 60 per cento.

Il settore delle concessioni autostradali risulta contraddistinto da una diffusa assenza del confronto concorrenziale, che rappresenta un vulnus dei principi comunitari e nazionali in materia di concorrenza, dal momento che la quasi totalità delle concessioni in essere sono state affidate e/o prorogate senza gara.

Il principio comunitario obbligherebbe tutti coloro che hanno ottenuto concessioni senza gara ovvero proroghe delle stesse - come nella stragrande maggioranza delle concessioni autostradali in Italia - ad affidare a terzi il 100% dei lavori di propria competenza

Proposta

Occorre ribadire il principio secondo cui tutti coloro che hanno ottenuto concessioni senza gara ovvero proroghe delle stesse - come nella stragrande maggioranza delle concessioni autostradali in Italia - debbono affidare a terzi il 100% dei lavori di propria competenza.

In subordine, si può considerare il ritorno alle percentuali della legge delega (80/20), a condizione che siano rafforzati i poteri di controllo del rispetto delle predette percentuali dell'80/20 da parte dei soggetti pubblici preposti (in primis, ANAC), possibilmente anche attraverso il coinvolgimento delle associazioni maggiormente rappresentative degli operatori coinvolti (AISCAT e ANCE), assicurando altresì adeguata modalità di post-informazione sull'esito di tali controlli (su sito ANAC – MIT o altro mezzo di informazione). E' infine necessario che ANAC svolga un effettivo controllo sui prezzi e, più in generale, sulle condizioni contrattuali applicate negli affidamenti esterni.

2. Snellire le fasi di localizzazione e approvazione progetti di opere pubbliche

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

In particolare è necessario un coordinamento tra l'art. 27 del D.lgs. 50/2016 e quegli istituti che hanno un ruolo fondamentale in tale disciplina, ossia la conferenza di servizi e la valutazione d'impatto ambientale.

Tali istituti hanno subito infatti modifiche successivamente all'entrata in vigore del D.lgs. 50/2016 da parte dei seguenti provvedimenti:

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

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

Proposta

1. Localizzazione e approvazione progetti opere pubbliche

Si propone di modificare l'articolo 27 del D.lgs. 50/2016 procedendo al coordinamento con le novità introdotte nella disciplina della conferenza di servizi e cioè previsione di termini ridotti rispetto a quelli ordinari ed altre forme di semplificazione, fra cui anche il potenziamento degli effetti conseguenti alla conclusione della conferenza di servizi in merito anche ad alcuni aspetti urbanistici ed espropriativi.

2. Localizzazione opere pubbliche di interesse statale

La modifica normativa che si propone ammette che la procedura di cui al D.P.R. 383/1994 possa essere anticipata, su iniziativa del proponente, al progetto di fattibilità tecnica economica nell'ambito della conferenza dei servizi prevista dall'art. 27, comma 3, e cioè quella preliminare, mantenendo comunque fermo il termine di durata del vincolo preordinato all'esproprio che potrà essere reiterato con l'eventuale pagamento del relativo indennizzo. Tale modifica risulta in linea con quanto già previsto dall'art. 23 comma 5 del D.lgs. 50/2016 in base al quale "Il progetto di fattibilità deve consentire, ove necessario, l'avvio della procedura espropriativa."

3. Valutazione di impatto ambientale

Per semplificare e ridurre i tempi si propone di coordinare il nuovo procedimento unico di Via disciplinato dall'art. 27 del D.lgs. 152/2006 con l'art. 27 del D.lgs. 50/2016.

3. Un Codice snello e un Regolamento attuativo per i lavori pubblici

Il nuovo Codice dei Contratti ha fallito.

Per superare le criticità della riforma occorre un profondo ripensamento del **Codice** attuale, che conduca alla predisposizione di un articolato **più semplice e snello**.

Anche la decisione di abrogare il Regolamento va ripensata, poiché la scelta di demandare l'attuazione del Codice alle “*soft law*” dell'ANAC non ha dato i risultati attesi. Infatti, l'atipicità di tale strumento regolatorio, unito al suo carattere non prescrittivo, hanno determinato un elevato livello di incertezza negli operatori.

Proposta

Il nuovo Codice, da riscrivere diffusamente e profondamente, dovrebbe essere accompagnato da un **Regolamento attuativo** dedicato ai **lavori pubblici**, (e da uno per i servizi e le forniture), dotato di forza cogente, in cui far confluire la normativa di dettaglio e le Linee Guida Anac, superando definitivamente il sistema della “*soft law*”.

4. Le proposte specifiche per il nuovo Codice

Le misure già enunciate sub Parte I in tema di subappalto, i criteri di aggiudicazione, le procedure negoziate sotto soglia, qualificazione soa, appalto integrato, crisi d'impresa e split payment **dovranno anticipare la riforma complessiva**.

Pertanto, oltre a quanto proposto in via d'urgenza, nel nuovo Codice dovranno trovare ingresso le ulteriori seguenti proposte.

a. La fase di qualificazione

➤ L'attestazione SOA

La qualificazione delle imprese va senz'altro perfezionata, al fine di garantire l'accesso al mercato di soggetti realmente idonei.

L'attestazione SOA è condizione necessaria per partecipare alla gara ma, di fatto, non più sufficiente. Spesso, infatti, vengono richiesti ulteriori requisiti di consistenza di personale al momento della gara, oltre che di lavori identici/similari a quelli base d'asta.

In questo contesto, non va dimenticato che il legislatore nazionale, in sede di recepimento delle nuove direttive UE, ha optato per mantenere il sistema delle SOA, sia pure con le necessarie modifiche e correzioni

Occorre tuttavia **apportare alcune migliorie al sistema SOA**, almeno per gli appalti contenuti al di sotto di una determinata fascia di importo, purché ciò non si traduca nella richiesta, gara per gara, di ulteriori requisiti aggiuntivi rispetto all'attestazione.

E' indispensabile implementare la qualificazione SOA con i **requisiti qualitativi/reputazionali**, idonei a misurare il curriculum dell'impresa.

Serve un **“sistema di qualificazione nazionale” unico**, anche di natura pubblicistica, che abiliti le imprese a partecipare alle gare di appalto, almeno in una determinata fascia d'importo.

Diversamente, infatti, quest'ultima perderebbe il suo valore di semplificazione.

Fino a quando non saranno qualificate le stazioni appaltanti, peraltro, non è poi ipotizzabile una qualificazione “gara per gara”.

Infine, si condivide la scelta espressa dallo Stato italiano, e ribadita di fronte agli uffici dell'Unione Europea, di imporre alle società aventi la qualità di organismi di attestazione di avere sede nel territorio nazionale; ciò, al fine di dare certezza al sistema di qualificazione e non vanificare l'efficacia dei controlli sulle stesse.

Proposta

La logica del fatturato/lavori analoghi, alla base della qualificazione, ha distrutto il sistema.

Occorre al contempo migliorare la qualificazione SOA, al fine di garantire la par condicio nella competizione tra le imprese e l'interesse pubblico a vedere opere concluse e non solo appaltate. La nuova qualificazione dovrebbe: prevedere

- **criteri qualitativi e reputazionali** per misurare l'affidabilità degli operatori economici, che non possono essere valutati solo su aspetti quantitativi e numerici;
- prevedere che gli **indici di bilancio, al di sopra di certi importi, siano aggiuntivi e non sostitutivi rispetto al fatturato** minimo richiesto;
- **escludere** dalle gare le **imprese in stato di fallimento o in concordato** di qualsiasi genere.

➤ **Qualificazione ex articolo 84 comma 12**

Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, su proposta dell'ANAC, definirà un regime di qualificazione alternativo/sperimentale per le stazioni appaltanti particolarmente qualificate (art. 84, comma 12).

È un passaggio prodromico a creare una sorta di nuovi “settori speciali”.

Proposta

Il criterio dettato dalla Legge delega ha imposto al legislatore una "revisione" del sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità, trasparenza e verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche

all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite (*articolo 1, comma 1, lettera uu), della legge 28 gennaio 2016, n. 11*).

Al fine di evitare la frammentazione del sistema di qualificazione, con rischio di desertificazione delle imprese di minore dimensione che si troverebbero, in una situazione già di crisi drammatica, a dover dimostrare requisiti ulteriori, con pregiudizio del principio concorrenza, ANCE ritiene che occorra stabilire i seguenti punti:

➤ **il sistema ex art 84 co. 12 non può prescindere dall'istituzione della qualificazione delle stazioni appaltanti**

L'eventuale nuovo sistema di qualificazione ex art. 84 co. 12 può essere attuato solo da parte di stazioni appaltanti "particolarmente qualificate" ai sensi dell'art. 38 del Codice n. 50/2016.

➤ Pertanto, non può prescindersi dall'effettiva istituzione e funzionamento della qualificazione delle SA, di cui al cennato art. 38.

Allorquando il sistema di qualificazione per le stazioni appaltanti entrerà a regime, la facoltà di sperimentare un sistema di qualificazione alternativo deve, in ogni caso, essere consentita alle sole stazioni appaltanti qualificate nella fascia più alta (maggiore capacità tecnica, organizzativa, gestionale ecc.); ciò, anche tenuto conto delle specifiche competenze tecniche ed esperienze professionali nel settore della progettazione e della direzione lavori, in modo tale che tale personale possa "vigilare/verificare" l'idoneità dei progetti posti a base di gara.

➤ **si alla necessità di una certificazione/attestazione per partecipare alle gare tra 150 mila e fino a 20 mln di euro.**

Si può anche prevedere il rilascio dell'attestazione da parte dell'ANAC (o di altra Autorità pubblica), ma si ritiene che solo un sistema unico di qualificazione, nella fascia d'importo considerata, possa tutelare l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione.

Infatti, la fascia di appalti **al di sopra i 20 mln di euro**, è presidiata da requisiti di qualificazione, ulteriori rispetto alla SOA e richiedibili "gara per gara" (quali un fatturato in lavori non inferiore a 2 volte l'importo a base d'asta, o, in alternativa, l'indice di esposizione finanziaria dell'impresa), **cui si aggiunge**, per quella d'importo **superiore a 100 mln di euro**, la possibilità di chiedere l'esecuzione di lavori analoghi a quelli oggetto dell'affidamento.

➤ **si alla sperimentazione di un ulteriore sistema di qualificazione ex art. 84, co. 12 per appalti d'importo rilevante, sopra i 100 mln.**

L'ulteriore sistema di cui all'art. 84 comma 12 potrebbe consistere in una forma di qualificazione integrata per le gare di importi **rilevanti, sopra i 100 mln di euro**. I requisiti richiesti da tale sistema dovrebbero essere, in ogni caso, attinenti alla natura dell'appalto, proporzionati all'importo dei lavori, individuati secondo criteri oggettivi, giustificati dalla particolare complessità tecnico progettuale del lavoro.

➤ **no a requisiti aggiuntivi, stabiliti a discrezione dell'amministrazione**

Al di là di quanto fin qui considerato in merito ai contenuti dell'art.84, comma 12, è opportuno che l'ANAC/MIT riducano gli spazi che il nuovo Codice sembra aver aperto alla richiesta di requisiti aggiuntivi alla SOA, stabiliti gara per gara dalla stazione appaltante.

➤ **sì ad una riduzione delle tariffe SOA**

In considerazione dell'informatizzazione delle procedure SOA, è possibile prevedere un abbattimento delle tariffe, soprattutto in sede di verifica triennale.

➤ **Il rating d'impresa**

Il rating di impresa, per effetto del decreto correttivo, ha assunto carattere facoltativo e non rileva più in sede di qualificazione, ma di partecipazione alla gara, potendo costituire un elemento al quale attribuire punteggio premiale in sede di OEPV.

Proposta

Sarebbe più opportuno **far valere il rating d'impresa, comprensivo degli elementi qualitativi/reputazionali, in sede di qualificazione SOA**, ad esempio in sostituzione del c.d. "ICP" (incremento convenzionale premiante) **e non in fase di gara**, al fine di premiare le imprese che investono nella azienda.

Inoltre, nell'ambito del rating, sarebbe opportuno prevedere un **sistema di premialità per le imprese che, ai fini della qualificazione, intraprendano il percorso di asseverazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza**, previsto dal T.U. sulla sicurezza (d.lgs. n. 81/2008) e della normativa UNI- Inail- CNCPT.

➤ **La qualificazione dei consorzi stabili**

L'articolo 47, comma 2 del Codice, come novellato dal decreto correttivo, regola le modalità di qualificazione dei consorzi stabili, stabilendo che questi *"possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto"*.

Con quest'ultima ipotesi di avvalimento, il Codice non sembrerebbe considerare le peculiarità della qualificazione nei lavori, in cui il **consorzio stabile ha un proprio attestato SOA di durata quinquennale**, idoneo a "coprire" la qualificazione per un numero indefinito di gare.

Infatti, salvo quanto previsto per importi superiori ai 20 mln di euro, con la qualificazione SOA, diviene superflua ogni verifica in gara dei requisiti del consorzio, pena

l'annullamento di ogni differenza del consorzio stabile - che è un concorrente con idoneità individuale - rispetto ai raggruppamenti e/o ai consorzi ordinari – che sono concorrenti con idoneità plurisoggettiva.

Coerentemente, il Codice non pone la necessità che l'impresa consorziata indicata per l'esecuzione sia qualificata o debba ricorrere all'avvalimento di altra consorziata.

Si ritiene, quindi, che il riferimento all'avvalimento all'interno dei consorzi stabili possa trovare applicazione solo al di fuori del perimetro dei lavori pubblici (*rectius* nelle forniture e nei servizi) dove non opera l'attestazione SOA.

Inoltre, è altresì **necessario vietare la possibilità di avvalersi della qualificazione di un consorzio stabile, laddove si sia qualificato attraverso la sommatoria delle SOA dei consorziati**. Infatti, in quest'ultimo caso, il consorzio stabile non possiede requisiti propri e autonomi che, quindi, non posso

no essere oggetto di alcun tipo di trasferimento.

Più in generale, sembra opportuno **introdurre una parallela qualificazione SOA per le Reti d'impresa**, richiamate dall'art. 48, comma 14, del codice.

Proposta

Occorre esplicitare che, per i lavori, **la qualificazione SOA dei consorzi stabili è acquisita** con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla **somma di quelle possedute dalle imprese consorziate**.

Per i lavori, pertanto, la qualificazione SOA non è compatibile con l'avvalimento gara per gara delle consorziate non esecutrici. In alternativa, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente possono essere quelli maturati direttamente dal consorzio stabile.

Occorre, inoltre, **specificare il divieto di avvalimento della qualificazione dei consorzi stabili**, con l'eccezione del solo caso in cui il consorzio stabile si sia qualificato con i requisiti maturati direttamente.

Al fine di evitare incertezze interpretative, occorre, inoltre, specificare che **non è necessaria l'indicazione, all'interno dei consorzi, di imprese esecutrici a loro volta qualificate in proprio** secondo le categorie SOA e classifiche richieste dal bando di gara.

b. Le fase di gara

I tempi di espletamento delle gare sono diventati **eccessivamente lunghi**, fino, talvolta, alla paralisi delle procedure.

I commissari di gara, infatti, spesso rinunciano all'incarico, verosimilmente per timore delle eventuali e imprevedibili responsabilità – soprattutto erariali -allo stesso connesse, dovute anche alla poca chiarezza del quadro normativo.

Il procedimento di gara deve velocizzarsi, al fine di **pervenire rapidamente alla cantierizzazione dei lavori, nel rispetto della trasparenza e legalità**. Servono procedure snelle, che garantiscano, al contempo, dal rischio di collusioni e fenomeni corruttivi.

➤ **Gli accordi-quadro**

Gli **accordi quadro, presentano molteplici criticità**, legate soprattutto all'**accorpamento in macro lotti**, all'utilizzo del criterio **dell'OEPV** e ai **livelli di progettazione a base di gara**.

Peraltro, in considerazione della lunga durata temporale di tale tipo di contratti, essi possono provocare, se usati di prassi, l'esclusione, di fatto, dal mercato di chi non riesce ad acquisirli.

Spesso, poi, l'accordo quadro viene utilizzato dalle stazioni appaltanti per eludere l'obbligo di andare in gara su una progettazione esecutiva.

Proposta

L'accordo-quadro **non dovrebbe essere consentito per l'esecuzione di nuove opere**.

Quanto agli **interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria**, l'accordo quadro dovrebbe essere sempre ammesso. La **relativa gara**, tuttavia, dovrebbe essere **svolta sulla base della stima percentuale delle lavorazioni previste, nonché di un progetto definitivo "alleggerito"**. In ogni caso, il contratto attuativo dell'accordo quadro dovrà comunque essere affidato sulla base dello specifico progetto. Inoltre, i contratti dovrebbero essere strutturati prevedendo una **pluralità di piccoli interventi**, di carattere seriale/ripetitivo e non continuativo, ciascuno dei quali di importo non superiore, ad esempio, al 10% dell'importo complessivo circa.

➤ **Regolarità fiscale per la partecipazione alle gare e blocco dei pagamenti della PA**

Dal 1° marzo 2018, la legge di Bilancio 2018 (art.1, co.986-989 legge 205/2017) ha ridotto, da 10.000 a 5.000 euro, la soglia oltre la quale le pubbliche Amministrazioni e le società a prevalente partecipazione pubblica possono sospendere i pagamenti, nell'ipotesi in cui il beneficiario degli stessi risulti inadempiente rispetto all'obbligo di versamento derivante dalla notifica di una o più cartelle esattoriali, per un ammontare complessivo pari almeno a tale importo (art. 48-bis del DPR 602/1973).

Specularmente, è stato modificato il D.M. 40/2008, attuativo del citato art. 48-bis, che stabilisce sia le modalità di verifica della posizione debitoria dell'interessato da parte dell'agente della riscossione, sia la procedura di riscossione delle somme dovute dall'interessato all'Erario.

In particolare, in caso di verifica di inadempienza del beneficiario del pagamento da parte dell'agente della riscossione, viene esteso a 60 giorni (dai precedenti 30) il termine di sospensione per il pagamento decorrenti dalla comunicazione, nei limiti dell'ammontare del debito accertato.

Tali disposizioni sono fortemente negative sotto vari punti di vista.

Anzitutto, **incidono in maniera rilevante sulla disciplina delle cause di esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara** di cui all'art. 80 del Codice dei Contratti, ai sensi del quale, tra l'altro, *"costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602.[...]"*.

Pertanto, il dimezzamento della soglia, di cui al citato art. 48-bis, a 5.000 euro si ripercuote negativamente sulla partecipazione alle procedure di gara, **amplificando il concetto di gravità delle violazioni in materia fiscale e comportando la potenziale esclusione dalle procedure di gara di imprese che abbiano commesso violazioni di importo scarsamente rilevante.**

Inoltre, l'abbassamento della soglia in questione e il contestuale raddoppio a 60 giorni del periodo di sospensione dei pagamenti da parte delle amministrazioni ai beneficiari – a qualunque titolo – di somme pubbliche, necessario a consentire l'effettuazione di pignoramenti, **si ripercuotono negativamente sulla disciplina del pagamento del corrispettivo d'appalto agli operatori economici.**

Le imprese che, infatti, dovrebbero ricevere il pagamento del corrispettivo d'appalto da parte dell'ente appaltante, potrebbero, a fronte dell'omesso pagamento di imposte o tasse per un importo pari o superiore a 5.000 euro, subire una paralisi dei pagamenti per un intero bimestre, in attesa dell'avvio della procedura di riscossione.

Proposta

E' necessario sopprimere la norma della legge di Bilancio 2018, con il conseguente ritorno alla previgente soglia dei 10.000 euro, già di per sé alquanto esigua.

➤ Il computo metrico estimativo

Il decreto correttivo ha introdotto il principio secondo cui il quale il **computo metrico estimativo**, così come i capitolati, **richiamato nel bando o nell'invito, fa parte integrante del contratto.**

Proposta

Si tratta di un principio di grande rilevanza che, tuttavia, a causa dell'**attuale formulazione letterale** della norma, **determina equivoci ed incertezze** applicative (*art. 32, comma 14-bis*).

In particolare, è necessario **eliminare dalla norma l'inciso "richiamati nel bando o nell'invito"**.

➤ **L'OEPV e il problema delle miglorie sul progetto esecutivo**

L'uso generalizzato del criterio dell'OEPV per i lavori sopra i 2 mln di euro mal si **concilia con l'obbligo**, anch'esso pressoché generalizzato, **di porre a base di gara il progetto esecutivo**, di per sé non migliorabile, in quanto per definizione già completo.

Il risultato è che le **amministrazioni introducono elementi di valutazione dell'offerta di tipo squisitamente soggettivo** (come ad esempio aver effettuato lavori analoghi/similari/identici a quelli oggetto della gara, o anche il possesso di un numero elevato di certificazioni, sino a giungere, a dare punteggio a chi "offre" penali più alte).

I profili soggettivi nulla hanno a che vedere con una migliore esecuzione dell'opera. Obiettivo, questo che, invece, dovrebbe essere quello perseguito con il criterio dell'OEPV.

C'è quindi il **rischio di creare forme indirette di restrizione della concorrenza**, posizioni di privilegio e nicchie di mercato.

Al riguardo, è noto che le nuove direttive UE hanno consentito di derogare al divieto di commistione tra elementi di qualificazione e quelli di valutazione tecnico-economica dell'offerta.

Tuttavia, l'ottica comunitaria è quella di considerare tale possibilità sempre in termini di eccezione alla regola, alla quale si può fare ricorso solo qualora le qualità soggettive abbiano una incidenza diretta sulla qualità della prestazione (ad esempio nei servizi intellettuali, vedi considerando 94 Direttiva 24/2014/UE). Diversamente, infatti, c'è il rischio di creare forme indirette, di restrizione ovvero la creazione di posizioni di privilegio o nicchie di mercato.

Anche il Codice, all'art. 95, comma 10-bis, come integrato dal decreto correttivo, ha chiarito che i criteri dell'OEPV devono garantire che il confronto concorrenziale avvenga sui profili tecnici e qualitativi dell'offerta, e non del soggetto offrente.

Proposta

Occorre **contrastare la richiesta di requisiti soggettivi in offerta**, che spostano, “di fatto”, alla fase dell’aggiudicazione quella della qualificazione, disincentivando la partecipazione di quelle imprese che, essendo sprovviste di quei requisiti, sanno che non prenderanno il relativo punteggio in offerta.

Tale situazione crea, alla lunga, posizioni di monopolio o di oligopolio.

Occorre porre un vincolo finalistico *ex lege* per cui **il ribasso debba essere recessivo nell'attribuzione dei punteggi**.

➤ **I costi della manodopera**

Il decreto correttivo ha introdotto, al comma 10 dell’art. 95, l’obbligo per il concorrente di **indicare in sede di offerta il proprio costo della manodopera**, che l’amministrazione dovrà verificare prima dell’aggiudicazione, al fine di accertarne la conformità rispetto ai minimi retributivi salariali fissati nelle Tabelle del Ministero del lavoro.

La norma pone diverse **criticità applicative**, in quanto non chiarisce come debba essere indicato tale costo in offerta (in valore assoluto o con mera indicazione dei minimi tabellari applicati). In particolare, non si riesce a comprendere se occorra fare riferimento a “minimi tabellari orari” oppure al “costo complessivo della manodopera per il singolo appalto.

Non sembra, invece, che la norma impedisca di ribassare il costo della mano d’opera, come, viceversa, avveniva con la precedente disposizione inserita nel codice 163/2016.

Proposta

Sarebbe opportuno che venisse **chiarita la modalità di indicazione dei costi della manodopera in offerta** e che fosse **riaffermato** chiaramente il **divieto di ribassare i costi della manodopera**.

➤ **Applicazione Ccnl**

E’ necessario evitare **fenomeni distorsivi in gara, legati all’applicazione di contratti collettivi tipici di settori diversi dall’edilizia**, con caratteristiche meno onerose per le imprese.

Occorre prevedere l’obbligo di indicazione, nei bandi di gara, del contratto collettivo nazionale e territoriale, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, da applicare per l’esecuzione dei lavori oggetto dell’appalto.

Tale indicazione **sarà strettamente connessa all'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.**

c. La fase dell'esecuzione dei lavori

La disciplina della **fase dell'esecuzione dei lavori** risulta oggi **contraddistinta**, più ancora di quella di gara, **dall'assenza un quadro regolatorio certo.**

Molti istituti, fondamentali per una corretta esecuzione delle prestazioni convenute (come ad esempio i verbali di consegna e ripresa dei lavori, il collaudo, le riserve, la costituzione in ATI) non hanno più una disciplina chiara, oppure soffrono di una collocazione disorganica in vari testi.

In questo contesto, e forse proprio per tale incertezza, sussistono **eccessive responsabilità in capo alla Direzione Lavori o ai RUP che**, conseguentemente, **bloccano o rallentano l'esecuzione dei lavori.**

Inoltre, le imprese attive nel campo dei lavori pubblici si trovano a dover fronteggiare l'inaccettabile fenomeno dei **ritardati pagamenti dei lavori da parte della Pubblica Amministrazione.** Pagare nei tempi stabiliti i lavori realizzati dalle imprese è un diritto da tutelare e una condizione imprescindibile per l'attuazione di una efficace politica di sviluppo. Condizione che diviene ancor più vitale per le imprese alla luce del perdurare di una crisi senza precedenti che ha colpito il settore nell'ultimo decennio. Tempi celeri di pagamento che, è bene ricordare, sono imposti dall'Europa, e obbligano lo stato membro al loro rispetto, pena l'apertura di una procedura di infrazione.

➤ La dimensione delle imprese

Occorre chiarire i requisiti per poter considerare un'impresa piccola o media (per il pagamento del subappalto, per l'esenzione dalle garanzie ecc..).

➤ Revisione prezzi

Andrebbe sancita l'**obbligatoria previsione di clausole di revisione dei prezzi nell'ambito dei contratti stipulati post Codice 50, applicando un meccanismo di adeguamento prezzi analogo a quello precedente.**

Inoltre, occorre **assicurare che le rilevazioni** effettuate dagli organi a ciò deputati (Provveditorati, Istat e Unioncamere) **siano effettivamente aderenti alle oscillazioni di prezzo riscontrate sul mercato**, al fine di scongiurare il rischio che le imprese subiscano aggravi economici nella realizzazione delle opere.

➤ *Tempistica di pagamento del corrispettivo*

Anzitutto, serve una **normativa chiara sulle modalità di pagamento del corrispettivo, in linea con la tempistica stabilita dalle norme europee.**

Proposta

In applicazione della direttiva UE sui ritardi di pagamento (Dir. UE 2011/7/11) - recepita in Italia con il Decreto Legislativo n. 192/2012, che ha modificato e integrato il Decreto Legislativo n. 231/2002 – andrebbe **ribadito che i pagamenti non possono superare i 30 giorni complessivi, decorrenti dalla maturazione del diritto dell'appaltatore.** Nell'ambito del predetto termine, il direttore dei lavori rilascia lo stato di avanzamento e il responsabile unico del procedimento emette il certificato di pagamento relativo al medesimo, quest'ultimo comunque entro un termine non superiore a sette giorni dalla maturazione dello stato di avanzamento.

In tal senso dovrebbe essere corretta la Legge Europea 2018, in corso di approvazione, nell'ambito della quale è stato approvato uno specifico emendamento.

E' opportuno, inoltre, ribadire che ogni giorno di ritardo, **scattano gli interessi di mora calcolati secondo quanto previsto dal Decreto Legislativo n. 231/2002.** Sono logicamente nulli i patti in deroga.

Si potrebbe, infine, **introdurre un obbligo di effettuare un SAL** nei termini specificati nel contratto e, comunque, **con cadenza non superiore a 60 giorni.** Andrebbe, peraltro, considerata gravemente iniqua ogni prassi che preveda il superamento di tale termine, ai sensi del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, come modificato dal Decreto Legislativo 9 novembre 2012, n. 192

➤ *Eccezione di inadempimento*

La necessità di tale istituto nasce dal ritardo con cui la Pubblica Amministrazione provvede al pagamento dei corrispettivi dovuti per l'esecuzione delle commesse: un tema che resta, oggi, purtroppo di drammatica attualità e che suscita ormai da anni l'interesse e l'allarme degli imprenditori che operano nel pubblico mercato.

Questi ultimi, infatti, sono soggetti al pesante gravame di un onere aggiuntivo rappresentato dall'ulteriore costo che gli stessi devono sostenere per far fronte all'intervallo di tempo, spesso consistente, che si viene a determinare tra il momento della liquidazione dei costi gestionali e quello dell'incasso del corrispettivo pattuito.

L'assenza di tale istituto nel nuovo Codice è stata la causa che ha determinato l'entrata in crisi di moltissime imprese, con conseguenza negative "a cascata" su tutte le imprese della filiera.

Proposta

Al fine di garantire l'equità del contratto di appalto, si propone di **reintrodurre la possibilità** per le imprese, in caso di ritardati pagamenti da parte delle amministrazioni, di **sospendere i lavori ed agire per la risoluzione del contratto, ogni qual volta l'ammontare delle rate di acconto non pagate raggiunga il 15% dell'importo contrattuale netto**, così come era previsto dall'art. 133, comma 1, del D.lgs. 163/2006.

➤ Raggruppamenti temporanei di imprese

La disciplina dei Raggruppamenti Temporanei necessita di alcuni importanti cambiamenti.

Proposta

Ai fini del pagamento diretto delle mandanti da parte della stazione appaltante, in caso di inadempimento della mandataria, andrebbe definitivamente chiarito che **la revoca del mandato collettivo** attualmente richiesta dall'art. 48, comma 13, del Codice **sia da intendersi riferita alla sola parte relativa all'incasso dei pagamenti**, pena la totale disapplicazione di tale istituto.

Ove così non fosse, infatti, significherebbe che, ai fini del pagamento diretto anche di una sola delle mandanti, sarebbe necessario, accanto all'inadempimento della mandataria ed al consenso della parti, la necessità di revocare il mandato collettivo speciale conferito ai fini della costituzione del raggruppamento temporaneo.

Ciò comporterebbe, come conseguenza della disapplicazione di tale istituto, una totale mancanza di tutela per le mandanti, con nocimento della stessa pubblica amministrazione che non vedrebbe portata a termine l'opera affidata.

La possibilità di sostituire la mandataria o la mandante in caso sopravvenuta carenza dei requisiti generali dovrebbe essere estesa anche alla sopravvenuta mancanza/inidoneità dell'attestazione SOA

d. Il contenzioso

Il contenzioso, sia in fase di gara che in quella esecutiva, rappresenta un'altra criticità generale del sistema di realizzazione dei lavori pubblici

Quanto al **contenzioso innanzi al giudice amministrativo**, negli ultimi 15 anni, si registrano due linee di tendenza:

- a) **diminuzione delle tempistiche** del rito processuale attraverso la creazione di una **"corsia preferenziale"** per i ricorsi in tale materia;
- b) progressiva **riduzione dei ricorsi**, dovuta anche al **cospicuo aumento dei costi di accesso alla giustizia amministrativa**, con verosimile **effetto "dissuasivo"**, che ha finito per instaurare una **"giustizia per ricchi"**. Secondo i dati contenuti della Relazione di apertura dell'anno giudiziario 2018 per la giustizia amministrativa, il contenzioso in materia di appalti negli ultimi tre anni si ferma al 2.7% del totale dei bandi pubblicati.

Infatti, il c.d. contributo unificato è determinato **in misura molto elevata**, in relazione al valore della controversia, diversamente dagli altri procedimenti e va pagato nuovamente in caso di proposizione di un **ricorso per motivi aggiunti** o un ricorso **incidentale** che introducono domande nuove nel corso del giudizio.

Il valore della controversia, a sua volta, viene commisurato **all'importo a base d'asta e non, invece, a quello dell'utile che l'impresa** potrebbe ricavare dall'aggiudicazione del contratto.

➤ *Definire con certezza e velocità il contenzioso in gara*

Per migliorare il **contenzioso in fase di gara**, occorrerebbe anzitutto **eliminare l'obbligo, per i concorrenti, di fare ricorso "al buio"** sulla mera ammissione di terzi, prima e a prescindere dalla conoscenza della propria posizione in graduatoria.

Inoltre, sarebbe opportuno ipotizzare **un'ulteriore riduzione dei tempi del rito speciale avverso l'aggiudicazione definitiva** con l'obiettivo di garantire il diritto di difesa e, al contempo, di evitare il **cd. danno sociale da "inattività della PA"**.

Proposta

Si dovrebbe prevedere:

- **l'eliminazione del rito cautelare**, a favore della definizione del giudizio unicamente con sentenza di merito in forma semplificata a udienza fissata d'ufficio, da tenersi entro 30 giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente; parimenti, in secondo grado;

- il divieto di stipula del contratto fino alla **definitiva sentenza sulla controversia**;
- l'obbligo delle **parti diverse dal ricorrente** a costituirsi nel **termine di 15** giorni dalla notificazione del ricorso;
- un **termine massimo di 45 giorni per l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio** - prorogabile per **ulteriori 15** giorni laddove sia giustificato dalla **particolare complessità** delle questioni da trattare – da disporre **solo se indispensabile** ai fini della soluzione della controversia;
- l'obbligo di **pubblicazione anticipata del dispositivo** della sentenza **entro sette giorni** dalla decisione della causa;
- l'obbligo di **pubblicazione della sentenza non oltre il quindicesimo** giorno dalla decisione della causa.

➤ *Ridurre il contenzioso in fase esecutiva, valorizzando anche gli strumenti di tutela alternativi al giudizio*

Quanto al contenzioso in fase esecutiva, è interesse fondamentale per il Paese **introdurre delle misure che permettano di definire con certezza e velocità il contenzioso in fase esecutiva**.

Una eccessiva durata della fase di risoluzione delle controversie che possono sorgere in fase di realizzazione dell'opera, infatti, inevitabilmente incide sulle tempistiche di esecuzione dei lavori.

In tale ottica, occorre, altresì, incentivare i sistemi di deflazione del contenzioso in sede giurisdizionale.

i. Eliminazione della norma taglia riserve

Occorre procedere alla soppressione della norma che limita la possibilità di iscrivere riserve su aspetti progettuali validati, non potendo l'appaltatore scontare gli effetti di eventuali errori progettuali.

ii. Accordo bonario

Occorre valorizzare l'istituto dell'**accordo bonario** da applicare anche in ipotesi di affidamento a **contraente generale** - prevedendo le seguenti misure:

- **l'obbligo per il Rup di promuovere**, entro trenta giorni dalla comunicazione del direttore dei lavori di cui al comma 3 dell'art. 205 del D.lgs. 50/2016, **la costituzione di apposita commissione, a prescindere dall'importo dell'appalto**, affinché formuli, acquisita la relazione riservata del direttore dei lavori e, ove costituito, dell'organo di collaudo, entro novanta giorni dalla costituzione della commissione, proposta motivata di accordo bonario; obbligo per il Rup di motivare anche la mancata attivazione;
- la commissione deve essere formata da **tre componenti** aventi competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto, nominati, rispettivamente, uno dal responsabile del procedimento, uno dal soggetto che ha formulato le riserve, **e il terzo, il presidente, direttamente dall'albo ANAC previsto per la Camera Arbitrale**;
- **obbligo** del Rup e del dirigente della stazione appaltante a cui viene successivamente trasmessa la proposta di accordo bonario di **motivare espressamente la volontà di discostarsi dalle risultanze** contenute nella proposta di accordo formulata **dalla commissione incaricata**;
- **in caso di mancata attivazione dell'accordo bonario**, riconoscimento *ex lege* della possibilità per le parti di richiedere, ai fini della determinazione della fondatezza delle riserve iscritte, **l'accertamento tecnico preventivo**, ai sensi dell'art. 696 bis del c.p.c, con sospensione del termine di cui all'art. 205, comma 6 bis, del D.lgs. 50/2016, ai fini dell'instaurazione del contenzioso giudiziario.
- in **caso di rifiuto della proposta di accordo bonario** formulata dalla commissione, facoltà di **impugnazione della stessa davanti al giudice amministrativo**, in sede di giurisdizione esclusiva, nei limiti della correttezza, logicità, e ragionevolezza del procedimento di valutazione seguito dalla PA;
- **limitazione della responsabilità erariale** del soggetto incaricato di formulare la proposta di accordo bonario **alle sole ipotesi di dolo, a fronte della riconosciuta possibilità di condanna dello stesso**, in sede di contenzioso giudiziario (ordinario o amministrativo), **a risarcire la somma ingiustamente negata in sede amministrativa**.

iii. Collegio consultivo tecnico

Bisogna reintrodurre l'istituto del **Collegio consultivo tecnico**, al fine di favorire una rapida e immediata soluzione delle eventuali dispute che possono sorgere in corso di esecuzione del contratto, tra il committente e l'appaltatore.

iv. Arbitrato

In tema di **arbitrato**, da svolgere presso l'ANAC, sempre in una ottica di potenziamento degli strumenti deflattivi del contenzioso, occorre sopprimere la previsione che, ai fini dell'inserimento della clausola compromissoria nel bando di gara, ritiene necessaria

l'autorizzazione dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice. Ciò, in quanto potrebbe determinare un'inutile appesantimento della procedure, non favorendo il ricorso a tale istituto. Occorrerebbe, inoltre, affermare, in linea con le previsioni del codice di procedura civile, che agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio.

v. Precontenzioso innanzi all'Anac ex articolo 211

Sempre in chiave di decongestionamento del contenzioso innanzi al giudice amministrativo, occorre **rafforzare lo strumento del precontenzioso, imponendo all'ANAC di rispondere nel termine di 30 giorni, anche con un dispositivo semplificato.**

Inoltre, sarebbe opportuno **potenziare il potere dell'Anac, prevedendo misure per l'utilizzo del parere vincolante, finalizzato ad evitare ricorsi manifestamente infondati avverso il parere stesso.**

vi. Tribunale delle imprese

A tal fine, occorrerebbe, anzitutto **rafforzare le sezioni specializzate in materia di impresa** – cd Tribunale delle Imprese (introdotte dal D.Lgs. 27 giugno 2003, n. 168) - con la previsione di una o più sezioni specifiche che si occupino esclusivamente di tutte le controversie, di qualunque importo (oggi trattano solo quelle sopra soglia) aventi ad oggetto contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture.

e. La cooperazione tra pubblico e privato

La scarsità di investimenti pubblici comporta la **necessità di incoraggiare le forme di collaborazione tra pubblico e privato, rendendo più attrattivo il coinvolgimento di capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche**, nel rispetto dei principi comunitari di concorrenza e trasparenza.

➤ IL PPP

La **disciplina sul PPP è stata sicuramente migliorata dalle modifiche apportate dal decreto correttivo. Tuttavia permangono alcune criticità** che andrebbero risolte al fine di conferire a tale istituto maggiore *appeal* e piena operatività.

Proposta

In particolare, occorre **eliminare la previsione che, in caso di mancato accordo sulla revisione del PEF, per fatti non imputabili al concessionario, consente che vengano**

rimborsati il valore delle opere realizzate, al netto degli ammortamenti e dei costi sostenuti dal concessionario, **nonché le penali e gli altri oneri conseguenti alla risoluzione, con esclusione dei cosiddetti “costi di hedging”, ovvero degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse**.

Tale esclusione, infatti, può incidere negativamente sulla bancabilità delle operazioni, fermo restando che occorre mantenere la caratteristica tipica dell'operazione di partenariato consistente nell'assunzione di un effettivo rischio operativo da parte dell'operatore privato.

➤ **Contraente generale**

Appare opportuno **rivedere la disciplina sul General Contractor (GC)**

Proposta

- introdurre il principio secondo cui, in ogni caso, il ricorso al **GC** è possibile **solo in presenza di lavori connotati da forte complessità tecnica e/o finanziaria**;
- specificare che il contraente generale **provvede alla realizzazione con qualsiasi mezzo** dell'opera affidata tramite appalto;
- aprire una riflessione sulla convenienza, in termini di rapporto “costi/benefici”, del **mantenimento dell'obbligo di prefinanziamento**, in tutto o in parte dell'opera, in capo al contraente generale.
- tra gli **elementi di valutazione dell'offerta** economicamente più vantaggiosa, oltre ai criteri di cui all'articolo 95, occorrerebbe tener conto altresì: a) del **valore tecnico ed estetico delle varianti**; b) di **ogni ulteriore elemento individuato in relazione al carattere specifico delle opere** da realizzare”.
- **in tema di qualificazione**, in una ottica di semplificazione e coerenza del sistema, **rimettere al decreto del MIT** di cui all'art. 83 del Codice - che conterrà, inter alia, anche il sistema di qualificazione del contraente generale, **e non alle linee guida dell'ANAC**, come attualmente previsto - **la determinazione delle classifiche di qualificazione del C.G., nonché degli ulteriori requisiti** per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di idoneità tecnica e organizzativa e di adeguato organico tecnico e dirigenziale.

➤ **Le opere a scomputo**

Il decreto correttivo ha opportunamente ripristinato, per le convenzioni urbanistiche stipulate post nuovo Codice, la possibilità di affidare le opere di urbanizzazione secondaria sotto soglia di valore fino ad 1 mln di euro, mediante:

- affidamento diretto, per le opere di importo inferiore a 40.000 euro;
- procedura negoziata con consultazione di almeno 10 operatori economici, per le opere di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro;
- procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori economici, per le opere di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 euro

Tuttavia, **la previsione della procedura ordinaria per la realizzazione delle opere di urbanizzazione sopra 1 milione/€ e fino alla soglia comunitaria** (attualmente pari a 5.548.000/€) **espone i privati titolari di permessi di costruire ad un livello di complessità procedurale difficilmente gestibile**, con pesanti conseguenze anche sul piano della tempistica di completamento dell'intervento edilizio. Si tratta infatti di una particolare categoria di opere in relazione alle quali la funzione di stazione appaltante è assunta da un soggetto privato in virtù dello stretto rapporto - sia funzionale, sia esecutivo - che intercorre fra l'intervento costruttivo principale e le dotazioni e attrezzature di interesse pubblico o collettivo di cui esso necessita e che giustifica un particolare regime normativo.

Proposta

Per tutte le opere di urbanizzazione a scomputo sotto soglia (art. 36, comma 3 nuovo codice) **è necessario che venga ripristinata la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza bando, con invito di cinque operatori**, come previsto dell'art. 122, comma 8 del D.lgs. 163/2006 che aveva avuto un buon esito.

Deve comunque **restare confermata per le opere di urbanizzazione primaria sotto soglia funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica l'esecuzione diretta** da parte del titolare del permesso di costruire (art. 16, comma 2 bis DPR 380/2001).

➤ Opera pubblica realizzata a spese del privato

Il **Codice 50**, all'art. 20, **per la prima volta disciplina la fattispecie di un'opera pubblica** (o di un suo lotto funzionale o di parte dell'opera) prevista nell'ambito di strumenti o programmi urbanistici, oggetto di una convenzione pubblico-privata e realizzata **a “totale cura e spesa” del privato, stabilendo che in questi casi, il Codice non si applica.**

Nell'ambito di applicazione della norma sembrano rientrare fattispecie fino ad ora prive di copertura legislativa, ma di sempre più frequente diffusione soprattutto nell'attuazione dei processi di trasformazione urbana, vale a dire le opere previste dalle convenzioni urbanistiche e poste a carico del privato, la cui realizzazione però non è imposta dalla normativa, ma è il frutto di un accordo negoziale con l'ente locale, comportando di fatto un

onere superiore a quello che deriverebbe dall'applicazione delle tabelle parametriche regionali e comunali.

L'ANAC, con Delibera 763 del 13/7/2016, ha reso un parere che **restringe molto l'operatività di questa norma che troverebbe applicazione nei soli casi in cui “non sussista in favore del privato alcuna controprestazione da parte dell'Amministrazione e l'operazione si configuri come atto di liberalità e gratuità”.**

Proposta

Visto il parere reso dall'ANAC, è **necessario modificare l'art. 20 secondo una logica in grado di garantirne l'operatività ed in linea con lo spirito della norma**, ossia la realizzazione di opere pubbliche “a totale cura e spesa” di soggetti privati, pena la sua totale disapplicazione.

Tale regime dovrebbe applicarsi anche alle opere previste dalle convenzioni urbanistiche e poste a carico del privato, la cui realizzazione però non è imposta dalla normativa, ma è il **frutto di un accordo negoziale con l'ente locale**, comportando di fatto un onere superiore a quello che deriverebbe dall'applicazione delle tabelle parametriche regionali e comunali.

f. Il rispetto dell'ambiente e la sicurezza

➤ I CAM

Si condivide la necessità, prevista dal Codice, di **garantire il più elevato standard di compatibilità ambientale delle opere pubbliche, anche attraverso il ricorso ai CAM** (criteri ambientali minimi). Tale disciplina, tuttavia, presenta ancora profili di criticità che occorre risolvere.

Proposta

Occorre intervenire sul tema dei CAM al fine di apportare alcuni chiarimenti alla normativa vigente:

- **prevedere un periodo transitorio di adeguamento, finalizzato ad un'applicazione dei CAM graduale e progressiva**, tenendo conto dell'attuale scarsa risposta del mercato alla domanda di materiali e/o lavorazioni maggiormente ecosostenibili;
- ribadire la natura progettuale dei CAM, prevedendo il **divieto per le stazioni appaltanti di richiedere condizioni di esecuzione e/o criteri premiali previsti dai CAM laddove il progetto non sia redatto in conformità a tali norme**;
- **eliminare, con riferimento ai lavori pubblici, la richiesta obbligatoria e a pena di esclusione di requisiti di selezione degli operatori economici previsti dai CAM**,

ulteriori rispetto alla SOA. Ciò in quanto la richiesta dei CAM in fase di selezione, a pena di esclusione dalla gara, crea un'indebita barriera all'accesso al mercato degli appalti pubblici, non prevista dalla normativa comunitaria.

- **chiarire che i computi metrici devono prendere in considerazione i maggiori costi** (relativi a materiali e lavorazioni) **previsti dall'esecuzione di un progetto redatto secondo i criteri progettuali previsti dai CAM**, senza alcun maggior onere in capo alle imprese.

➤ *La sicurezza sul lavoro*

Con riferimento alla materia della sicurezza sul lavoro, si propone di inserire alcune previsioni presenti nel D. Lgs. 163/2006 e non riprese nel D. Lgs. n.50.

In particolare, tali previsioni riguardano i **documenti della sicurezza** e la **stima dei costi della sicurezza**.

Proposta

È indispensabile:

- reintegrare la disposizione secondo la quale **entro trenta giorni dall'aggiudicazione, e comunque prima della consegna dei lavori, l'appaltatore è tenuto a redigere proposte integrative del piano di sicurezza e di coordinamento**, ove previsto ai sensi del Testo unico Sicurezza.

- ribadire il principio secondo il quale i **costi della sicurezza, derivanti dal piano di sicurezza e coordinamento, non sono soggetti a ribasso d'asta**.

- reinserire la previsione secondo la quale le imprese esecutrici, prima dell'inizio dei lavori o in corso d'opera, possono presentare al coordinatore **proposte di modifica o integrazione del piano di sicurezza e coordinamento**, sia per adeguare i contenuti alle tecnologie dell'impresa, sia per garantire il rispetto delle norme antinfortunistiche nel piano stesso.

- introdurre il principio secondo il quale la stima dei costi della sicurezza deve essere pianificata sin dalla fase di progettazione dell'opera e deve essere congrua e analitica, ai sensi dell'allegato XV, punto 4, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 e s.m.i..

g. La legalità

La tutela della legalità nel settore degli appalti è un obiettivo di assoluta importanza.

I fenomeni distorti/corruptivi, infatti, sono una patologia **da estirpare radicalmente**, perché **falsano la concorrenza ed inquinano il corretto funzionamento del mercato**.

In questo contesto, nel corso degli ultimi anni, si è fatta strada una strategia operativa, che ha puntato molto alla prevenzione - più che al contrasto - dei fenomeni corruptivi.

Al contempo, il **rafforzamento delle misure di controllo** – di per sé corretto – **non può e non deve tradursi in un’ipertrofia di compiti a carico degli organi polizia**, che, laddove ingestibili, annullerebbero l’azione di prevenzione, facendo proliferare la stessa criminalità.

Inoltre, non si possono appesantire o penalizzare oltremodo le imprese che operano onestamente nel settore, sulla base di mere presunzioni di colpevolezza. **La tutela della legalità, infine, raccordare con le esigenze tipiche dell’attività di impresa, al fine di tutelare l’interesse pubblico al completamento delle opere appaltate.**

Occorrerebbe comunque che il certificato antimafia presso le Prefetture venga reso “on line”, in tempo reale, per le stazioni appaltanti.

➤ I Protocolli di legalità

Si è determinata **la diffusione dei Protocolli di Legalità** finalizzati ad elevare il livello di “sicurezza” negli appalti, sia durante la gara che in fase di esecuzione del contratto.

I Protocolli di Legalità **contengono prescrizioni molto stringenti**, che prevedono, tra l’altro, la possibilità di risolvere il contratto, se l’imprenditore, uno dei componenti la compagine sociale o uno dei dirigenti dell’impresa con funzioni specifiche relative al contratto, siano destinatari di una misura cautelare o siano rinviati a giudizio per particolari delitti contro la Pubblica Amministrazione (corruzione, concussione, turbativa d’asta).

In altri termini, **viene consentito alle Amministrazioni di adottare soluzioni fortemente penalizzanti, come la risoluzione contrattuale, in assenza di accertamenti definitivi sulla reale colpevolezza del soggetto interessato.**

Proposta

Sarebbe quanto mai opportuno che il Ministero dell’Interno predisponesse un Protocollo di Legalità “Tipo” per gli appalti pubblici, che possa costituire un modello di riferimento per le stazioni appaltanti, unico su tutto il territorio nazionale.

Ciò consentirebbe, infatti, di avere un quadro unitario ed omogeneo degli obblighi posti a carico delle imprese concorrenti e aggiudicatrici, superando la criticità derivante dalla diffusione di Protocolli di diverso tipo, con contenuti disomogenei e spesso fortemente critici per gli operatori economici.

Occorre poi chiarire che, in caso di clausole del protocollo che prevedano la risoluzione del contratto in caso di rinvio a giudizio, quest'ultimo deve riferirsi espressamente alla vicenda corruttiva che interessa quello specifico contratto.

➤ ***Le misure di prevenzione antimafia, il sequestro e la confisca penali, il commissariamento d'impresa***

Le recenti modifiche della normativa antimafia – finalizzate ad estendere le misure di prevenzione antimafia (sia personali che patrimoniali) ai soggetti meramente indiziati di reati di stampo corruttivo – corrono il rischio di appesantire eccessivamente le Prefetture – già oberate dalle verifiche antimafia – addossandogli anche la verifica di ulteriori ipotesi delittuose.

Peraltro, tale estensione è destinata ad impattare fortemente sul settore degli appalti pubblici, in quanto l'applicazione di una misura di prevenzione, con provvedimento definitivo, comporta numerose conseguenze per l'operatore economico e, in particolare:

- la decadenza dell'attestazione SOA
- il divieto di partecipare alle procedure di gara
- l'impossibilità di stipulare il contratto d'appalto, in caso di aggiudicazione
- la risoluzione del contratto di appalto, in corso di esecuzione.

Inoltre, anche le misure del sequestro e della confisca penale, laddove applicate ad un'impresa esecutrice di un appalto pubblico, appaiono particolarmente critiche, in quanto determinano la sostanziale paralisi dell'attività imprenditoriale, con conseguente impossibilità di ultimare le opere pubbliche affidate.

Ora, va ricordato che, per quanto riguarda le imprese esecutrici di appalti pubblici, esiste un'altra disposizione che disciplina le misure adottabili, nell'ambito della prevenzione e del contrasto dei fenomeni corruttivi, nel caso in cui il contratto sia in corso di esecuzione.

Si tratta, in particolare, della misura del cd. "**commissariamento di impresa**", di cui all'articolo 32 del DL 90/2014.

Proposta

La nuova disciplina antimafia e la disciplina penale sul sequestro e la confisca, non appaiono perfettamente coordinati con l'art. 32 del D.L. 90/2014, sebbene abbiano un ambito di applicazione pressoché sovrapponibile.

E' necessario, quindi, garantire un pieno allineamento tra le disposizioni in commento, al fine di evitare che, nei confronti di imprese esecutrici di appalti pubblici, possano essere adottate misure di prevenzione patrimoniali antimafia ovvero misure di sequestro o confisca penale per reati contro la pubblica amministrazione, che comprometterebbero definitivamente la possibilità di portare a compimento il contratto.

Più in particolare, **l'interesse pubblico alla completa ultimazione dei lavori appaltati dovrebbe sempre comportare, in via preliminare, l'applicazione delle misure straordinarie di gestione di cui all'articolo 32, e, solo successivamente, di eventuali misure di prevenzione patrimoniali o di sequestro e confisca nell'ambito di un giudizio.**

La procedura di commissariamento delle imprese, inoltre, alla luce delle esperienze sin qui registrate, andrebbe maggiormente regolata, prevedendo l'obbligo di un effettivo contraddittorio con le imprese.

➤ *L'esclusione dalle gare per grave illecito professionale*

Particolarmente critica è la causa di esclusione relativa al c.d. **“grave illecito professionale”**, la cui formula generica sta dando luogo a prassi applicative fortemente restrittive della partecipazione da parte delle stazioni appaltanti.

Anche in questo caso, infatti, si va affermando un'interpretazione che consente alle amministrazioni di considerare rilevanti, ai fini dell'esclusione, condotte ritenute illecite, ma non comprovate da accertamenti definitivi.

L'assenza di una loro tipizzazione - e soprattutto **dei rispettivi mezzi di prova** - lascia poi l'operatore economico in balia della discrezionalità dell'amministrazione.

Proposta

In ossequio ai principi costituzionali relativi alla libertà di impresa e alla presunzione di innocenza, **non dovrebbero essere consentite esclusioni dalle gare o risoluzioni contrattuali, in assenza di accertamenti definitivi sulla colpevolezza del soggetto interessato.**

Inoltre, la figura del c.d. **“illecito professionale”**, nonché dei mezzi di prova della stessa, **andrebbe descritta con maggiore precisione**, al fine di evitare eccessi interpretativi da parte delle stazioni appaltanti, che causino prolungate esclusioni dalle gare per ragioni non particolarmente gravi.

➤ *Il Rating di legalità*

Il rating di legalità può costituire un criterio cui attribuire un punteggio premiale nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tuttavia, l'attuale impostazione di tale istituto, che prevede dei “paletti” di accesso, rischia di porre problemi di discriminazione e alterazione di una corretta concorrenza in sede di gara.

Proposta

Appare necessario eliminare l'importo dei 2 milioni di fatturato quale soglia minima per poter ottenere il rating di legalità.

Tale soglia minima di accesso, infatti, è del tutto estranea e inconferente rispetto alla finalità che la normativa si propone. Ciò al fine di non penalizzare le imprese, sul piano dell'acquisizione di un più elevato standard di rispetto delle norme contro gli illeciti, per un elemento meramente economico (il fatturato), del tutto estraneo alle finalità che la stessa normativa si propone.

Inoltre, sempre in quest'ottica, il mantenimento della soglia minima di fatturato sarebbe illegittimamente discriminatorio per le “c.d. start up”.

h. Le imprese in stato di crisi

La partecipazione alle gare di imprese fallite, in concordato in continuità o in amministrazione straordinaria costituisce un grave fenomeno distorsivo del mercato e della concorrenza, che penalizza le imprese sane.

Queste ultime, infatti, non possono disporre di forme di protezione dai creditori analoghe a quelle che accompagnano tali procedure liquidatorie.

➤ ***Riforma delle crisi aziendali e Codice dei Contratti: necessità di un'armonizzazione delle discipline***

L'approvazione della **Legge n. 155/2017** – contenente la delega al Governo per la **riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza** - rappresenta l'occasione per avviare nel nostro Paese un importante processo riformatore che non riguarda unicamente

la modernizzazione di un sistema normativo ormai incapace di tutelare le imprese, ma che può accrescere in generale la competitività del sistema economico.

Il complesso di riforma in questione ha, alla base, numerosi principi di delega, tra i quali la sostituzione del termine «fallimento» con l'espressione «liquidazione giudiziale»; l'introduzione di una nuova definizione dello stato di crisi; l'adozione di un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore e con caratteristiche di particolare celerità; l'attribuzione della priorità di trattazione alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore; ridurre la durata e i costi delle procedure.

In attuazione della legge n. 155, il Governo ha approvato un primo schema di Decreto Legislativo attuativo, con l'intento di fornire un quadro normativo unitario, dettando principi giuridici comuni al fenomeno dell'insolvenza, e mantenendo le differenziazioni necessarie in ragione della specificità delle diverse situazioni in cui l'insolvenza può manifestarsi.

Il decreto legislativo, in attuazione della delega, segna un radicale mutamento di approccio del legislatore verso il fenomeno delle crisi d'impresa, motivato anche dalla necessità di adeguamento alle tendenze già manifestate da altri ordinamenti europei di civil law, tra cui Francia, Germania e Spagna.

Secondo questo approccio, **il legislatore tende ad esprimere una nuova cultura del superamento dell'insolvenza, vista come evenienza fisiologica nel ciclo vitale di un'impresa**, da prevenire ed eventualmente regolare al meglio, al fine di salvaguardare, ove possibile, l'impresa in difficoltà.

Per quanto attiene alla sfera dei contratti pubblici, risulta evidente l'assenza di armonizzazione tra le previsioni in tema di crisi aziendali con quelle del Codice dei contratti.

Proposta

Al fine di tutelare il prevalente interesse pubblico al completamento delle opere, che diversamente rischierebbe di essere vanificato, **occorre introdurre** specifiche disposizioni di raccordo della disciplina delle procedure di insolvenza, di cui all'emanando decreto di riforma delle crisi, con quelle del Codice dei contratti pubblici. Tali considerazioni sono state, peraltro, rappresentate dall'Ance in sede di Audizione al Senato sulla bozza di decreto legislativo di riforma delle crisi aziendali.

➤ La partecipazione alle procedure di gara e l'esecuzione del contratto di appalto per le imprese in concordato "in bianco" o con continuità aziendale

Lo schema di D.Lgs. in materia di crisi aziendali prevede che, dopo il deposito di una domanda di accesso ad una qualunque delle procedure di regolazione della crisi o di

insolvenza, ex art. 40 (ivi compreso il concordato liquidatorio e in continuità) la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere espressamente autorizzata dal tribunale - ovvero, dopo il decreto di apertura (ammissione), dal giudice delegato- acquisito il parere del commissario giudiziale (art 95 dello schema di D.Lgs)

L'autorizzazione è subordinata al deposito di una relazione di un professionista indipendente che attesti la conformità al piano – ove predisposto - e la ragionevole capacità di adempimento.

Da notare che, con l'inciso "ove predisposto", la norma sembra considerare la presentazione del piano come una mera opzione. Con ciò, sembrerebbe consentire il rilascio dell'autorizzazione alla partecipazione alle gare anche in caso di concordato c.d. "in bianco".

Di tale istituto, peraltro, sembra sia venuta a mancare una disciplina espressa, prima contenuta nell'art. 161 L. Fall.

Non è chiaro, inoltre, se, come sopra detto, all'istituto in parola si faccia riferimento laddove viene regolata la possibilità di presentare domanda di ammissione ad una procedura di regolazione della crisi, con successiva fissazione di un termine - fra 30 e 60 giorni - per la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo con il piano e la documentazione relativa l'art. 44, c. 1), lett. a),).

Analoghe previsioni sono contenute nel Codice dei contratti pubblici.

Proposta

Appare necessario ribadire, in tutte le sedi normative, che:

- **il concordato "in bianco", così come le altre procedure di risoluzione della crisi, non consente di per sé la partecipazione;**
- **la domanda di ammissione al concordato in continuità non permette di partecipare alle procedure di gara, ad eccezione dell'ipotesi in cui sia stato previsto un piano di rientro che preveda la soddisfazione di ciascun credito chirografario nella misura minima del 50%, nonché l'ottemperanza al divieto di cessione del ramo d'azienda relativo al contratto d'appalto.**

La proposta trae origine dalla **necessità di tutelare in primo luogo il principio di concorrenza e par condicio fra le imprese**, evitando che tali soggetti, nella formulazione delle offerte, possano trarre vantaggio dalla propria situazione di crisi, stanti le particolari tutele dalle azioni esecutive dei creditori di cui godono.

Ciò in considerazione del fatto che **l'impresa sottoposta a tali procedure, potrebbe non offrire sufficienti garanzie circa l'effettiva possibilità di adempiere alla propria offerta, essendo in una fase critica della sua attività.**

Ne deriva che la preclusione alla partecipazione per tali soggetti (sia in forma singola che raggruppati) tutelerebbe anche il buon andamento dell'attività amministrativa, e soprattutto il superiore interesse pubblico alla realizzazione dell'opera.

➤ *La prosecuzione dei contratti contratto di appalto*

Nello schema di D.lgs. sulle crisi d'impresa viene previsto che, **dopo il deposito della domanda di concordato** - sia esso in continuità o liquidatorio- **i contratti in corso di esecuzione, anche pubblici, non si risolvono automaticamente**; gli stessi possono proseguire se un professionista indipendente ne attesti la conformità al piano – ove predisposto- della continuazione e la ragionevole capacità di adempimento.

Da sottolineare che, anche in questo caso, con l'inciso "ove predisposto", la norma sembra considerare la presentazione del piano come una mera opzione.

Con ciò, sembrerebbe consentire la continuazione anche in caso di concordato c.d. "in bianco".

Nel Codice dei contratti, è prevista la possibilità che le imprese in concordato, anche "in bianco" proseguano nell'esecuzione.

Proposta

Occorre prevedere che:

- **il concordato "in bianco" non consente alcuna prosecuzione del rapporto di appalto;**
- **In caso di concordato in continuità, la prosecuzione è possibile solo quando sia stato previsto un piano di rientro con soddisfazione di ciascun credito chirografario nella misura minima del 50%, nonché l'ottemperanza al divieto di cessione del ramo d'azienda relativo al contratto d'appalto.**

➤ *Le imprese in liquidazione giudiziale (fallite)*

L'art. 186 del D.Lgs. in commento prevede che i contratti di appalto, **in caso di apertura della liquidazione giudiziale, si sciolgono, ma restano ferme le norme speciali in caso di appalti pubblici.**

Al riguardo, si ricorda che, ai **sensi dell'art. 110 del Codice, il curatore autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa può, su autorizzazione del giudice delegato, partecipare a nuove procedure di gara ovvero essere affidatario di subappalto.** Lo stesso **curatore può, altresì, continuare nell'esecuzione dei contratti già stipulati** (art. 110, c. 3). Tuttavia, l'ANAC, se l'impresa non è in regola con i versamenti dei contributi o con le retribuzioni o non ha i requisiti aggiuntivi - di cui alle emanande Linee guida ANAC - può subordinare la partecipazione all'individuazione di un'impresa ausiliaria, che faccia da garante nei confronti dell'amministrazione (art. 110, c. 5).

Sul punto, appare opportuno rilevare come altre legislazioni abbiano previsto misure molto più stringenti in merito alla partecipazione alle procedure di gara delle imprese in una situazione di crisi.

L'ordinamento francese, ad esempio, dispone la totale preclusione alla partecipazione alle gare d'appalto per le imprese in liquidazione giudiziale.

Proposta

In linea con quanto sopra, **occorrerebbe vietare alle imprese in liquidazione giudiziale (fallite) – siano esse autorizzate o meno all'esercizio provvisorio - o in amministrazione straordinaria, di partecipare alle gare d'appalto, nonché di continuare ad eseguire i contratti in corso.**

Diversamente, infatti, si producono gravi alterazioni della concorrenza e del principio di parità di trattamento, considerate le particolari tutele dalle azioni esecutive di cui godono i soggetti ammessi a tali procedimenti. Inoltre, l'impresa fallita non offre sufficienti garanzie per la prosecuzione del contratto d'appalto.

Per tali ragioni, appare **necessario eliminare la previsione in commento, mediante una norma *ad hoc* nel decreto legislativo di riforma, abrogativa delle previsioni dell'art. 110 del Codice dei contratti.**

➤ Le associazioni temporanee di imprese

L'articolo 95 prevede, altresì, che l'impresa ammessa al concordato, riunita in ATI, possa concorrere, alle condizioni di cui sopra, purché non sia mandataria e purché non vi siano altre raggruppate in procedura concorsuale.

Proposta

Occorre prevedere che:

- in caso di dichiarazione di liquidazione giudiziale (fallimento) dell'impresa capogruppo di un'ATI, o di altra procedura di crisi, i crediti maturati dalla mandante nei confronti della stazione appaltante e riscossi dalla mandataria - o dalla consortile - in virtù del rapporto di mandato non confluiscono nel passivo fallimentare, né si confondono con il patrimonio della mandataria. I pagamenti successivi all'assoggettamento della mandataria alla procedura dovrebbero avvenire direttamente in capo alle mandanti.

I crediti delle mandanti, infatti, derivano da prestazioni diverse e ulteriori rispetto a quelle realizzate dalla mandataria stessa. D'altronde, è noto il principio secondo cui ognuno degli operatori economici riuniti conserva la propria autonomia gestionale, patrimoniale e fiscale come previsto dall'art. 48, comma 16, del D.lgs. 50/2016. A conferma di ciò, vi è il fatto che, per consolidata giurisprudenza, contestualmente al pagamento, sorge

automaticamente in capo alla mandataria l'obbligo di versare alle mandanti le somme riscosse in loro nome e per loro conto.

Non si vedono pertanto ragioni per cui tale meccanismo debba subire deroghe in caso di liquidazione giudiziale (fallimento) della mandataria.

Peraltro, la stazione appaltante, a fronte del mancato pagamento alle mandanti dei lavori dalle stesse effettuati, potrebbe vedere fortemente compromessa la possibilità di corretto completamento dell'appalto, per sopravvenuta crisi di liquidità degli stessi. Sarebbe quindi illogico che, ai fini della riscossione dei crediti già liquidati dalla stazione appaltante, la mandante debba presentare istanza di insinuazione nel passivo fallimentare della mandataria.

Anche la giurisprudenza è giunta alle medesime conclusioni (cfr. Corte di Cassazione, sezione I civile, sentenza 17 gennaio 2017, n. 973).

- in una prospettiva di salvaguardia della esecuzione dell'opera pubblica, **la restituzione dei finanziamenti effettuati alla società consortile da parte delle società aderenti all'ATI avvenga solo dopo il compimento dell'opera ed il pagamento dei creditori della consortile;**

- vi sia il diritto, nelle ATI, di sostituire le imprese in decozione prevedendo termini cogenti sia per la stazione appaltante - laddove sia entrata in crisi la mandataria - sia per la mandataria - nel caso di crisi delle mandanti - decorsi i quali si può operare la sostituzione.

➤ *Le procedure di allerta e la composizione assistita della crisi- I reiterati ritardi nei pagamenti*

Tra le novità introdotte dal decreto, assume particolare rilevanza la **nuova procedura di allerta e composizione assistita della crisi, che ha natura non giudiziale**, ed ha lo scopo di favorire la risoluzione della crisi, prima di giungere alle procedure di insolvenza "classiche".

Tra i possibili indicatori della crisi, che possono portare all'apertura della procedura di allerta o della composizione assistita, l'art. 13 annovera anche i reiterati e significativi ritardi nei pagamenti.

Ove tali ritardi riguardino le mandanti, si possono generare differimenti o sospensioni nello svolgimento dei lavori, che si ripercuotono negativamente sulla loro regolare esecuzione, frustrando sull'interesse pubblico superiore alla realizzazione delle opere stesse.

Proposta

Si dovrebbe prevedere che, ove ricorrano **reiterati e significativi ritardi nei pagamenti della mandataria nei confronti delle mandanti**, anche nella fase di allerta e

composizione assistita, accertate dalla stazione appaltante, per il contratto di appalto in corso, **si provveda al pagamento diretto alle mandanti** dell'importo dovuto per le prestazioni dalle stesse eseguite.

Roma, 5 dicembre 2018