

**DDL n. 2330/S
Delega al
Governo in
materia di
contratti pubblici**

**AUDIZIONE
COMMISSIONE LAVORI
PUBBLICI - SENATO**

19 ottobre 2021

PREMESSA

Nel settore dei lavori pubblici si è assistito, da oltre 15 anni, ad una fortissima contrazione degli investimenti.

Ciò non bastando, il comparto delle costruzioni patisce, da decenni, l'assenza di una politica industriale che – al di là degli annunci – sia effettivamente orientata al rilancio degli investimenti infrastrutturali.

Il PNRR rappresenta quindi un'occasione unica per traghettare il Paese verso la crescita e la modernità, dove il “peso delle riforme” è addirittura superiore al “peso degli investimenti”.

In questo processo, il settore delle costruzioni ricopre un ruolo prioritario, rappresentando quel “debito buono” che potrà gettare le basi per una crescita duratura e finalizzata agli obiettivi della sostenibilità e della transizione verde.

A tal fine, è tuttavia indispensabile un “cambio di passo”: occorre riorganizzare il settore in maniera più snella, tempestiva ed organica, a partire anzitutto dalla normativa, ossia definendo una disciplina in linea con quello che l'Europa sta chiedendo da anni.

Venendo alle regole, occorre partire da un dato di fatto: **il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016) ha fallito**; tanto è vero che risulta del tutto disapplicato. Ciononostante, continuano a dispiegarsi i suoi effetti, a partire da quelli delle sue (gravi e numerose) lacune.

Restano in vigore, infatti, **una serie di disposizioni *extravaganti***, quali alcuni stralci del Codice “De Lise”, o anche intere parti del previgente regolamento di attuazione - di cui al d.p.r. 207/2010 - per giungere, in attesa del nuovo regolamento attuativo, alle diverse linee guida ANAC sinora adottate. Queste, solo per citarne alcune.

Vieppiù, in poco più di 4 anni, il Codice ha subito almeno due interventi normativi profondi – rappresentati dal primo decreto correttivo n. 56/2017 e dal DI Sblocca cantieri n. 32/2019 - che ne hanno completamente rivisto e/o sospeso gli aspetti fondamentali, a riprova dell'intrinseca irrealizzabilità e/o dell'erroneità di alcune scelte fatte.

Con **il DI semplificazioni n. 76/2020**, addirittura, si è optato per la creazione di un **sistema normativo “in deroga” fino al 31 dicembre 2021**; termine poi prorogato dal **DL Semplificazioni “bis” n. 77/2021 fino al 2023**, con l'aggiunta di procedure **derogatorie ad hoc per gli affidamenti del PNRR**; il tutto, accompagnato dalla nomina di – numerosi - nuovi commissari “Sbloccacantieri”, dotati di “super poteri”.

Un “ecosistema” normativo così mutevole ha completamente disorientato non solo gli operatori del settore, ma gli stessi giudici amministrativi, chiamati ad applicare al caso concreto regole inevitabilmente schizofreniche, contraddittorie e mal coordinate.

Difronte a tale complessità, alla fine, si arreso anche il legislatore che, per porvi rimedio, è ricorso al sistema delle deroghe: è stato così per arrivare a realizzare in tempo eventi come il G7 di Taormina 2017, le Universiadi 2019, o anche i Mondiali di sci di Cortina 2021.

Tale incertezza regolatoria, da un lato, ha frenato le stazioni appaltanti nella messa in gara dei lavori, e, dall’altro, ha generato forte contenzioso “a valle” delle procedure di affidamento.

Preso atto di tale oggettiva situazione di “empasse”, Il Governo, con il ddl in esame, ha scelto di **avviare la stagione della riforma del Codice**, in tempi auspicabilmente veloci.

Sul punto, peraltro, va evidenziato che, tenuto conto dei tempi di approvazione della legge delega in esame, a cui si aggiungono quelli per l’adozione del nuovo Codice – almeno 6 mesi - verosimilmente, detta riforma non troverà applicazione alcuna con riferimento alla prima *tranche* di opere del PNRR, che andranno in gara, quindi, con le procedure “derogatorie”, previste del citato dl “semplificazione bis” fino al 2023.

Affinché il legislatore possa dar vita ad una normativa sui lavori pubblici moderna ed efficace, è tuttavia necessario che vi siano alcune “**precondizioni essenziali**”, senza le quali non sarà possibile ovviare ai limiti del precedente impianto regolatorio.

In particolare, occorre anzitutto superare la “**presunzione di colpevolezza**”, in cui versa il comparto delle imprese di imprese e che porta all’ormai sistematico sacrificio delle legittime aspettative di giustizia degli operatori privati, e sulla contrapposta tendenza a dare più spazio alle ragioni della parte “forte” (alias pubblica) del rapporto.

Inoltre, non è più rinviabile uscire **dalla logica “suddito/sovrano” che pervade la contrattualistica pubblica**, di matrice ottocentesca, con definitivo abbandono della tendenza ad accentuare la posizione di sudditanza delle imprese esecutrici, di fronte al “sovrano - committente”.

Infine, non è concepibile il solo ritorno allo schema operativo della “Legge Obiettivo” e del “General Contractor” solo per ovviare alla carenza organizzativa della pubblica amministrazione. Si tratta infatti di un modello che non ha raggiunto gli obiettivi auspicati, in termini di certezza dei tempi e costi di realizzazione.

Ciò posto, è necessario prevedere una **nuova legge sui contratti pubblici**, più snella e maggiormente equilibrata dell'attuale Codice degli Appalti, contenente le regole e i principi comuni per lavori, servizi e forniture, e un **nuovo Regolamento attuativo, espressamente dedicato ai lavori pubblici**, distinto da servizi e forniture, in cui recepire anche talune norme comunitarie. L'esperienza della "soft law" infatti è stata fallimentare: si è creato un quadro normativo disomogeneo, non coordinato, in continuo divenire, incapace di dare certezza agli operatori del mercato.

I PUNTI DI FORZA DELLA LEGGE DELEGA

La delega è, pertanto, finalizzata a restituire alle disposizioni codicistiche semplicità e chiarezza di linguaggio, nonché ragionevoli proporzioni dimensionali, limitando il più possibile nel testo i rinvii alla normazione secondaria.

Molti sono i principi espressi che meritano senz'altro apprezzamenti, tra i quali si segnalano i seguenti:

- 1) Principio di **stretta aderenza alle direttive comunitarie**, per cui la nuova disciplina dovrà attenersi il più possibile alla normativa dettata dalle direttive UE nn. 23, 24 e 25/2014. In particolare, viene specificato che il livello di regolazione deve corrispondere a quello minimo individuato dalle medesime direttive, in ossequio al c.d. divieto di *gold plating* nel recepimento del diritto comunitario. Pertanto, la nuova disciplina subirà una riduzione delle norme ed una loro auspicata razionalizzazione – art. 1, comma 1, lett a)
- 2) Massima **semplificazione** della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di **importo inferiore alle soglie di rilevanza europea**, nel rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenzialità - art. 1, comma 1, lett c).
- 3) Riduzione e certezza dei tempi di espletamento delle **procedure di affidamento e di esecuzione** dei contratti, attraverso l'utilizzo di procedure informatiche e digitalizzate - art. 1, comma 1, lett f)

Il procedimento di gara deve assolutamente velocizzarsi, consentendo 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.

- 4) **Riduzione degli oneri documentali** ed economici (art. 1, comma 1, lett f) per gli operatori economici:

- nella fase di partecipazione alla gara,
 - in relazione all'adozione dei SAL ed al pagamento del corrispettivo e degli acconti dovuti.
- 5) **Semplificazione delle procedure relative alla fase di approvazione dei progetti** in materia di opere pubbliche - art. 1, comma 1, lett h)
- 6) **Estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale**, anche in materia di esecuzione del contratto - art. 1, comma 1, lett u).
- 7) **Razionalizzazione e semplificazione della disciplina del PPP**, anche attraverso il ricorso a contratti tipo; rafforzamento delle forme di partenariato pubblico privato - art. 1, comma 1, lett n).

Appare positiva la previsione di una standardizzazione dei contratti di PPP, al fine di favorire la diffusione di buone pratiche e sostenere amministrazioni e soggetti privati nella gestione di contratti complessi per i quali una corretta allocazione dei rischi è indispensabile per la riuscita dell'operazione.

Il DDL richiama, inoltre, l'obiettivo di estendere le forme di partenariato, con particolare riguardo alla finanza di progetto. Un obiettivo che oggi appare ancora più strategico in considerazione delle grandissime opportunità di sviluppo offerte dal Recovery Fund. L'ingresso di capitali privati potrà, infatti, supportare alcune delle iniziative di investimento che verranno finanziate dai 108 miliardi di euro che il PNRR destina, secondo le stime dell'Ance, ad interventi di interesse per le costruzioni, attivando un effetto leva positivo.

Tale modalità di impiego delle risorse del Recovery Fund consentirà di ottenere un volume complessivo di investimenti pubblico-privati superiore a quello che si avrebbe con il solo finanziamento pubblico, aumentando l'efficacia e l'efficienza dell'intervento. A parte la necessaria valutazione in termini di sostenibilità economica, ambientale e sociale, i progetti verranno selezionati sulla base della loro capacità di realizzazione e quindi di ripagare il debito **contratto** o di remunerare il capitale investito.

Un maggiore ricorso alle forme di partenariato non potrà prescindere dal coinvolgimento delle imprese di costruzioni che potranno dare il loro contributo fin dalle fasi iniziali di sviluppo del progetto.

Laddove ciò non avvenga è comunque necessario garantire che la fase di esecuzione dei lavori, a valle dell'affidamento della concessione, avvenga secondo le procedure di evidenza pubblica nel pieno rispetto della concorrenza e garantendo il regolare funzionamento del mercato.

ULTERIORI CRITERI DI DELEGA, DA PREVEDERE ESPRESSAMENTE

Per una nuova normativa sui lavori pubblici moderna ed efficace, i criteri di delega andrebbero tuttavia integrati con una serie di ulteriori principi, tra cui i seguenti:

a) Regolamento per i lavori pubblici - art. 1, comma 2, lett. a)

Il criterio in esame prevede la ridefinizione della disciplina secondaria in via meramente eventuale. Di contro, per ANCE, risulta assolutamente necessaria l'emanazione di un nuovo Regolamento attuativo, espressamente dedicato ai lavori pubblici, distinto da servizi e forniture, in cui recepire anche talune norme comunitarie.

L'adozione di un tale Regolamento, peraltro, era già stata prevista dall'attuale Codice degli appalti (art. 216, comma 27-octies), sulla falsariga della previgente disciplina. La sua mancata adozione ha costituito nel tempo un fattore di disorientamento per le stazioni appaltanti e di appesantimento della normativa primaria con norme di dettaglio.

Occorre quindi rendere cogente, già in sede di legge delega, la ridefinizione della disciplina secondaria mediante adozione di regolamenti attuativi distinti - uno per i lavori ed un altro per servizi e forniture - che tengano in considerazione le peculiarità delle diverse tipologie contrattuali.

b) Divieto di accorpamento artificioso dei lotti - art. 1, comma 2, lett. b)

Nel perseguire il condivisibile obiettivo di ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti - al fine di conseguire una forte riduzione numerica nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse - occorre evitare che il processo di concentrazione delle stazioni appaltanti produca un fenomeno di gigantismo della domanda.

Pertanto, è necessario contemplare espressamente, in tale sede, il divieto di accorpamento artificioso dei lotti.

In assenza di un'apposita previsione in tal senso, infatti, il rischio è che il valore dei lotti – prestazionali e funzionali - sia tale da non consentire la massima partecipazione degli operatori del mercato.

c) Revisione dei prezzi - art. 1, comma 2, lett. f)

La vicenda del caro materiali, su cui il Governo è dovuto intervenire in urgenza, pena il blocco generalizzato dei lavori, ha reso evidente la necessità di prevedere un meccanismo di revisione "a regime", attraverso il quale riconoscere alle imprese gli incrementi eccezionali intervenuti e ricondurre i rapporti negoziali nel perimetro dell'equilibrio sinallagmatico.

La revisione dei prezzi durante l'esecuzione del contratto, infatti, è uno strumento necessario per mantenere costante l'equilibrio sinallagmatico tra i contraenti, talché non può essere rimessa alla sola scelta unilaterale delle stazioni appaltanti, ma dovrebbe essere resa obbligatoria, in presenza di condizioni obiettive.

d) revisione e semplificazione della normativa primaria in materia di programmazione e localizzazione delle opere pubbliche - art. 1, comma 2, lett. g)

Con specifico riferimento alla localizzazione delle opere pubbliche, la legge delega fa un positivo riferimento alla revisione, alla semplificazione e alla minore conflittualità fra i livelli istituzionali coinvolti, andando nella direzione auspicata dall'Ance che già in altre occasioni ha evidenziato la necessità di un intervento volto a coordinare il D.lgs. 50/2016 sia con le normative urbanistiche, sia con quanto previsto dal Dpr 383/1994 sulla localizzazione delle opere di interesse statale.

e) Snellire la fase "a monte" dei lavori pubblici – Art. 1, comma 2, lett. h)

La legge delega sul punto risulta molto positiva poiché parla di semplificazione delle procedure di approvazione dei progetti, anche mediante eventuale riduzione dei livelli progettuali, considerato che oggi le cd. "procedure a monte della gara" risultano altamente complesse e in grado di ritardare notevolmente la cantierizzazione delle opere.

È fondamentale lo snellimento delle procedure di approvazione dei progetti delle opere pubbliche – che attualmente si basano su tre livelli successivi di progettazione ciascuno oggetto di un autonomo procedimento approvativo - rafforzando su ciascun livello la funzione di raccordo, semplificazione e coordinamento che lo strumento della conferenza di Servizi è chiamato a promuovere e tutelare.

Più in generale, occorre snellire la fase che precede la messa a gara dei lavori, dove si concentra il 70% dei ritardi, portando “a regime” i poteri connessi al modello “commissariale” utilizzato per i lavori della tratta ferroviaria NA-BA, che hanno dato ottimi risultati in termini di accelerazione di tale segmento procedurale.

Molte stazioni appaltanti hanno infatti denunciato la necessità che, in sede di “conferenza dei servizi”, vi sia un coordinamento tra le previsioni del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibile, quelle del Ministero della transizione ecologica e, infine, quelle del Ministero della Cultura (vedi sul punto oltre, sub lett. i).

In particolare, per quanto riguarda la conferenza di servizi, occorre sia un miglior coordinamento con la disciplina generale di tale istituto contenuta negli artt. 14 e ss della Legge 241/1990, sia la previsione di misure di semplificazione e accelerazione quali:

- obbligo di conferenza di servizi in modalità semplificata e asincrona a regime, con applicazione anche nei casi di particolare complessità;
- previsione per cui le amministrazioni non si limitino a fornire il proprio dissenso motivato ma indichino le condizioni e prescrizioni finalizzate al suo superamento;
- necessità di prevedere riunioni telematiche, anche per progetti complessi, per chiarimenti e integrazioni, che però non devono incidere sui tempi perentori previsti per il rilascio dei relativi atti/pareri delle amministrazioni coinvolte;
- rafforzamento della perentorietà dei termini prevedendo una chiusura certa ed automatica della conferenza da parte dell’amministrazione procedente, che si basi sulla maggioranza dei pareri pervenuti o acquisiti tramite silenzio assenso con obbligo da parte del responsabile del procedimento di attestare la chiusura del procedimento entro 10 giorni;
- riduzione dei termini a disposizione delle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica ecc. che sono di molto superiori al termine di 45 gg. a disposizione delle altre amministrazioni che intervengono nella conferenza (90 gg, salvo i casi in cui le normative di settore prevedano un termine più ampio);
- snellire il processo di acquisizione di atti che si rendono necessari in fase di esecuzione dell’appalto prevedendo - sull’esempio dell’art. 13 del DL 76/2020 (che prevede per i pareri eventualmente necessari in fase di esecuzione il loro rilascio nel termine di 60 gg) - che gli assensi debbano essere rilasciati entro termini ridotti di 30 giorni e in caso di mancata pronuncia si intende acquisito l’assenso. L’esigenza di particolare semplificazione deriva dal fatto che l’opera è in corso di realizzazione e il cantiere non può fermarsi.

f) Qualificazione delle imprese attraverso i lavori subappaltati – art. 1, comma 2, lett. i)

Nell'ambito del criterio di revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori, occorre recuperare il ruolo centrale dell'appaltatore nell'esecuzione dell'appalto, bilanciando la responsabilità di quest'ultimo nei confronti della stazione appaltante con una disposizione che consente di utilizzare, ai fini della qualificazione della stessa impresa aggiudicataria, le lavorazioni affidate in subappalto.

Ciò, in coerenza sia con la normativa comunitaria sia con la giurisprudenza della Corte, che considerano coerente con i principi comunitari l'esecuzione dell'opera attraverso un subappaltatore. Infatti, secondo tale ricostruzione, un operatore economico è ammesso a presentare un'offerta, laddove si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto (ex multis, C-234/14 del 14 gennaio 2016 e C-305/08 del 23 dicembre 2009).

Le imprese italiane devono potersi qualificare al pari di quelle estere, anche attraverso i lavori eseguiti in subappalto.

Più in generale, occorre perfezionare la qualificazione delle imprese, 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 è 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.

Serve infatti 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.

Occorre logicamente 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 infine implementare la qualificazione SOA con i requisiti qualitativi/reputazionali, idonei a misurare il curriculum dell'impresa.

g) Esclusione automatica delle offerte anomale sotto soglia - art. 1, comma 2, lett. l)

È assolutamente condivisibile la previsione di un criterio di delega volto ad individuare le ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte, laddove non siano necessarie migliorie al progetto, e possono utilizzare il criterio del prezzo più basso.

Sebbene sia da riformare il c.d. sistema “antiturbativa” - al fine di renderlo più efficace - l’esclusione automatica delle offerte anomale, per il sottosoglia, va mantenuta, in quanto assicura velocità di assegnazione degli appalti, scongiura l’affidamento al massimo ribasso assoluto, ed elimina il contenzioso in gara

h) Tutela delle MPMI

Occorre partire da un dato di fatto: oltre il 95% delle imprese italiane ha un numero di addetti ricompreso tra 1 e 9, ossia, quindi, la quasi totalità del mercato è composto di MPMI.

Occorrere pertanto prevedere un principio di delega espressamente dedicato alla tutela delle MPMI, al fine di garantire loro l’effettiva possibilità di partecipazione alle gare.

I principi dello Small Business Act, oltre a quelli fissati dalle direttive comunitarie, impongono di favorire l’accesso al mercato dei lavori pubblici da parte delle MPMI, procedendo ad una loro adeguata divisione in lotti su base quantitativa, così da garantire la massima partecipazione e la tutela delle varie componenti del mercato.

Ora, senza dubbio, alcune opere sono caratterizzate da quella “unicità funzionale” che impedisce, sotto il profilo progettuale e realizzativo, una loro suddivisione in lotti di minori dimensioni (Ponte sullo Stretto – Metropolitana C di Roma – diverse opere ferroviarie della Missione 3 del PNRR). Il riferimento è, ad esempio, ad alcune infrastrutture idrauliche, o anche ad alcune opere ferroviarie.

Altri interventi, tuttavia, soprattutto se a rete, non sono caratterizzati da tale inscindibilità realizzativa. Si pensi, ad esempio, ad alcune opere stradali (come la Fano-Grosseto e la Orte - Mestre).

Al fine quindi di garantire l’effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro, piccole e medie imprese a tali gare, occorrerebbe prevedere in tale sede l’obbligo per la PA di suddividere gli appalti in lotti anche su base quantitativa, in caso di affidamento di opere cd “a rete” e lavori di manutenzione, di importo più rilevante (sopra-soglia).

In caso contrario, infatti, il rischio è che, per tale tipologia di appalti, il valore dei lotti – prestazionali e funzionali - sia tale da non consentire la massima partecipazione degli operatori del mercato, penalizzando le MPMI.

Anche con riferimento allo schema operativo del “General Contractor”, fermo quanto sopra evidenziato, occorre rilevare che i rapporti del contraente generale con i terzi (*rectius*, con gli appaltatori/affidatari), attualmente, sono rapporti di diritto privato, **cui non si applica il Codice degli appalti pubblici**, salvo quanto espressamente previsto in tema di possesso dei requisiti di qualificazione.

Al contempo, nei confronti dell’appaltatore, il general contractor è da ritenersi il committente/stazione appaltante.

Pertanto, occorre prevedere che il contraente applichi le cd “**condizioni passanti**” ai contratti, con la conseguenza che non dovrebbero essere inserite nei contratti di affidamento clausole maggiormente vessatorie di quelle “sovrastanti”, previste dalla stazione appaltante, in fase di aggiudicazione, nei confronti del General contractor.

ij) Potenziare gli strumenti di ADR – Art. 1, comma 2, lett. u)

Il contenzioso, sia in fase di gara che in quella esecutiva, rappresenta una delle criticità generale del sistema di realizzazione dei lavori pubblici.

Si sottolinea l’importanza di potenziare **gli strumenti di tutela alternativi al contenzioso giudiziario**, nell’ottica di risolvere in tempo utile eventuali contenziosi che dovessero originarsi in sede di esecuzione dei lavori.

In questo contesto, l’istituto del Collegio Consultivo Tecnico rappresenta una delle più importanti novità introdotte da ultimo, per addivenire in tempi rapidi al superamento delle controversie che possono sorgere in corso d’esecuzione, e così giungere celermente alla realizzazione delle opere.

È interesse generale, pertanto, che tale strumento diventi pienamente operativo e trovi un’applicazione generalizzata per tutti gli appalti di lavori, senza distinzioni in ragione degli importi, anche perché la stragrande maggioranza dei contratti pubblici affidati in Italia sono di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

j) Premiare “il fare” piuttosto che il “non fare”

Occorre, in generale, introdurre **meccanismi che premiano “il fare” piuttosto che il non fare** della pubblica amministrazione.

È indubbio che il decreto 77/2021 contenga **talune misure che** vanno nella giusta direzione: tra queste, la nuova disciplina del **danno erariale** o dell’**abuso d’ufficio**, due

temi prioritari, che hanno contribuito in modo determinante ad ingessare la pubblica amministrazione in questi anni.

Occorre tuttavia fare di più.

k) Visione integrata della normativa in materia di opere pubbliche

La normativa che interviene nell'iter di approvazione, affidamento e realizzazione dell'opera pubblica è ormai estremamente complessa e articolata, anche perché non trova più la sua unica *sedes materiae* nel Codice dei contratti pubblici, bensì in una pluralità di *fonti* (vedi, ad esempio, il Codice dell'ambiente o quello in materia di beni culturali) che richiedono una continua opera di raccordo.

Nella riscrittura del Codice, occorre quindi partire da una nuova visione "integrata" che, fin dal principio, coordini le diverse normative rilevanti, così da agevolare il lavoro delle stazioni appaltanti e velocizzare gli iter autorizzativi.

l) Tutela del mercato e settori "esclusi"

Occorre uniformare la disciplina dei settori esclusi (acqua, energia, gas, trasporti, settori speciali) **a quella dei settori ordinari**, dal momento che tali settori hanno sempre maggiore rilevanza e, non applicando il codice, questo penalizza l'intero mercato.

m) Pagamenti alle imprese in linea con l'Europa

La PA deve **pagare nei tempi stabiliti i lavori realizzati dalle imprese**: è, questo, 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. 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.

Anzitutto, serve una normativa chiara sulle modalità di pagamento del corrispettivo, in linea con la tempistica stabilita dalle norme e europee. Si potrebbe peraltro introdurre un obbligo di effettuare un SAL secondo scadenze temporali ravvicinate (ad esempio, non oltre i 30/60 giorni) e non al raggiungimento di un importo prefissato.

n) Riforma del sistema delle garanzie per i lavori pubblici

La disciplina vigente prevede un sistema che, oltre ad essere un palese caso di gold plating, appare del tutto obsoleto e non in linea con le attuali esigenze di flessibilità finanziaria che connotano le varie fasi realizzative dell'opera.

In particolare, si determina un "blocco" prolungato del "castelletto" dell'impresa, che ne compromette la possibilità di accesso ad ulteriori forme di credito e dunque, in ultima analisi, di partecipazione alle gare.

Rischio, questo, da scongiurare più che mai in questa fase di rilancio del Paese.

Occorrerebbe quindi procedere ad un superamento dell'assetto vigente.

In particolare, sulla falsariga del sistema vigente in Francia, al fine di favorire la massima partecipazione e concorrenza negli affidamenti dei lavori pubblici, anche finanziati con fondi comunitari, dovrebbe prevedersi, a carico dell'aggiudicatario – invece che il rilascio della cauzione definitiva - una ritenuta di garanzia del 5 per cento dell'importo del contratto, operata sui SAL e sul SAL finale.

In alternativa, consentire all'operatore stesso, previo benessere della stazione appaltante, di optare, anche in corso di esecuzione dell'appalto, per il rilascio di una garanzia definitiva sotto forma di cauzione o fideiussione, con le note modalità già previste, sempre di importo pari al 5 per cento.

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

Tale meccanismo, per essere efficace, deve trovare un'applicazione generalizzata, ossia non limitata ai soli settori cd "ordinari", tanto più che nei settori cd "speciali" si concentrano le principali opere del PNRR.

Più in generale, occorre prevedere una disciplina uniforme tra i diversi settori del Codice, rispetto alla tematica delle garanzie, per consentire la più ampia partecipazione alle gare e così garantire la concorrenza.

o) Raggruppamenti temporanei d'impresa e regime della responsabilità

Il raggruppamento di imprese è uno strumento temporaneo, occasionale e limitato di cooperazione o di integrazione messo in opera, di volta in volta, per consentire a più imprese, tra cui una capogruppo, di presentare un'offerta unitaria in gare di appalto.

La riunione di imprese, pertanto, non ha soggettività giuridica unitaria: ciascuna impresa, pur operando all'interno della riunione, si presenta munita della propria esperienza, dei propri mezzi economici, tecnici e finanziari, delle proprie metodologie applicative e di condizioni personali di affidabilità e ciò non consente alla stessa di creare un nuovo soggetto giuridico, né una nuova associazione.

Occorre quindi prevedere un principio di delega volto a rimodulare la responsabilità dei componenti del raggruppamento di impresa verso terzi, limitandola ai lavoratori che, a qualsiasi titolo, siano intervenuti, in cantiere, per l'esecuzione dell'opera.

p) Disciplina della fase esecutiva e sinallagma contrattuale

In tale sede, occorre anzitutto prevedere un criterio di delega volto a riconoscere, nell'ambito del rapporto contrattuale, una posizione di **effettiva par condicio fra amministrazione e privati**, con sostanziale **avvicinamento** alla disciplina contenuta nel **codice civile**, e conseguente **abbandono della posizione di supremazia** sino ad ora **riconosciuta alla stazione appaltante**.

D'altra parte, un sinallagma contrattuale, come quello sinora configurato dalla disciplina di riferimento – vedi al riguardo la disciplina in tema di consegna e ripresa dei lavori, varianti, sospensioni e atto di sottomissione - del tutto sbilanciato a favore della stazione appaltante non consente in alcun modo all'impresa esecutrice di ultimare i lavori nei tempi e costi previsti, creando al contempo le premesse per la proliferazione di opere incomplete, con costi indiretti abnormi per la collettività.

Inoltre, occorre recuperare una disciplina dell'esecuzione del contratto suddivisa, tendenzialmente, per le singole "fasi" di realizzazione dei lavori, e non per le figure soggettive che nella stessa intervengono (Direttore dei lavori, Rup, coordinatore della sicurezza...etc.), con ciò superando l'impostazione del DM 49/2018 e della linea guida n. 3 dell'ANAC.

L'impostazione per "fasi", infatti, cui si è sempre ispirata la previgente normativa, garantisce un quadro più coordinato della disciplina da applicare ai diversi momenti della commessa.

q) Obbligo di aggiornamento dei prezzi

Occorre prevedere un criterio di delega volto a garantire un'effettiva applicazione di prezzi di riferimento aggiornati, congrui e omogenei, con sanzioni in caso di violazione.

In assenza infatti di un corretto adeguamento dei prezzi e degli importi a base d'asta, viene fortemente compromessa la possibilità di formulare offerte congrue, con grave nocimento per i principi di una sana e leale concorrenza, e con negative ripercussioni sulla fase esecutiva dei lavori.

In tale contesto, occorre rendere l'incidenza delle spese generali maggiormente aderente al reale andamento di mercato che, negli ultimi anni, è stato caratterizzato da un progressivo aumento dei costi, in ragione anche dell'esplosione di adempimenti amministrativi posti a carico delle imprese.

La percentuale relativa alle spese generali di carattere ordinario deve pertanto essere aggiornata, negli schemi di analisi, in ragione dei maggiori ed ulteriori oneri posti a carico delle imprese.

r) Divieto di sorteggio e procedure negoziate

La nuova normativa deve valorizzare le imprese sul mercato serie e adeguatamente qualificate. 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 svilisce 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 introdurre il divieto di 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.

s) Le cause di esclusione

E' necessario ricondurre la disciplina delle cause di esclusione entro confini precisi, che ne garantiscano una equilibrata applicazione, nell'interesse sia delle imprese che delle amministrazioni appaltanti

Il grave illecito professionale - vedi articolo 80, comma 5, lettera c), dell'attuale Codice degli appalti pubblici) - ad esempio, ha costituito, fin dall'entrata in vigore della normativa del Codice 50, una causa di esclusione particolarmente critica e foriera di contenzioso.

Infatti, la genericità di tale nozione e l'assenza di chiare indicazioni normative hanno favorito, nella prassi applicativa, un'interpretazione estremamente ampia di tale fattispecie escludente che, di fatto, è diventata il contenitore nel quale le amministrazioni possono ricondurre qualunque fatto, anche non accertato in via definitiva, ritenuto lesivo del rapporto fiduciario con l'appaltatore.

In tale sede, è fondamentale prevedere una disciplina che garantisca agli operatori delle regole certe.

L'esclusione di un concorrente non deve poter essere disposta sulla base di valutazioni meramente soggettive dei fatti contestati ed in assenza di qualsivoglia certezza sulla loro fondatezza, prevedendo che il "mezzo adeguato" alla comprova dell'illecito dovrebbe essere sempre rappresentato da un accertamento giudiziale almeno di primo grado.

t) Le imprese fallite o in concordato

Già in sede di delega, occorre prevedere il divieto di **partecipazione alle gare per le imprese fallite o in concordato** in continuità (fatta salva l'ipotesi in cui vi sia un piano che preveda il soddisfacimento di ciascun creditore chirografario nella misura del 50%), la cui presenza altera una sana concorrenza nel mercato.

Le imprese "sane", infatti, non possono disporre di forme di protezione dai creditori analoghe a quelle che accompagnano tali procedure liquidatorie.

u) Pari opportunità

Nell'applicazione del criterio direttivo concernente le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità, sarà inoltre necessario che modalità e criteri applicativi siano differenziati per settore, tipologia e natura del contratto o del progetto, che tengano conto, in particolare, delle specificità di settori, quali quello delle costruzioni, nel quale si rileva una presenza minima di giovani, una partecipazione femminile non rilevante nei cantieri, nonché l'impossibilità, per evidenti ragioni, di inclusione lavorativa per le persone con disabilità nei cantieri stessi.

Roma, 19 ottobre 2021