

XIX Legislatura

Documento di osservazioni e proposte

**Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e
correttive al Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo
31 marzo 2023, n. 36**

A.G. 226

Audizione 26 novembre 2024

Premessa

Dopo quasi due anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo 36/2023, il legislatore torna ad occuparsi degli appalti attraverso una revisione puntuale di alcuni aspetti della disciplina operativa così come previsto dall'art. 1, comma 4, della Legge delega 21 giugno 2022, n. 78.

Il correttivo nasce dall'esigenza di razionalizzare e semplificare ulteriormente la disciplina vigente, tenendo conto delle principali esigenze rappresentate dagli operatori del settore, nonché delle richieste, presentate in sede europea, di modifica e integrazione di taluni istituti.

CNA e Confartigianato considerano l'intervento normativo in esame un'occasione preziosa per superare gli ostacoli che impediscono di sfruttare pienamente il potenziale del mercato degli appalti pubblici e creare le condizioni per una migliore capacità di spesa delle risorse pubbliche, nonché di investimento adeguata ad accompagnare la transizione tecnologica, energetica e digitale del Paese.

In via generale, riconosciamo l'autorevole intervento operato dal correttivo, che sostanzialmente allinea le previsioni esistenti nel codice ai più recenti indirizzi giurisprudenziali e alla normativa europea, tuttavia permangono, a nostro parere, alcune criticità che ostacolano la piena apertura del mercato alle piccole imprese che rappresentano la gran parte del tessuto produttivo.

Criticità messe in luce anche dal recente Report sugli appalti pubblici nell'UE condotto dalla Corte dei Conti europea, nel quale viene evidenziato che nell'ultimo decennio manca la consapevolezza dell'importanza della concorrenza negli appalti. Tanto è vero che gli obiettivi proposti dalle Direttive del 2014 non sono ancora stati raggiunti, dato che i tassi di pubblicazione e di partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici sono rimasti insoddisfacenti nel periodo 2011-2021.

I continui interventi normativi, seppur doverosi, fanno riflettere sul fatto che le norme italiane di attuazione delle Direttive Europee sui contratti pubblici non riescono a diventare uno strumento semplice, sintetico ed efficace che consenta agli operatori di avere riferimenti e certezze.

Come noto, uno dei più significativi elementi di novità del codice apprezzato dagli operatori è la sua autoesecutività consentendo da subito una piena conoscenza dell'intera disciplina da attuare senza operare rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi. Per questo, pur comprendendo la *ratio* di sostituire un allegato legislativo con uno regolamentare, così come previsto all'articolo 62, vale la pena evidenziare che in questo modo il quadro normativo verrà moltiplicato in tanti provvedimenti attuativi, così come già accaduto con la riforma del 2016, modificata circa 818 volte.

Osservazioni di merito

Tutele lavoristiche - Articolo 1 (Modifiche all'art. 11 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n.36)

La normativa in questione (contenuta nell'art. 11 del Codice e nel nuovo allegato 1.01, nonché in molteplici altre disposizioni del Codice dedicate alla tutela dei lavoratori impiegati nell'appalto) si pone in attuazione della scelta legislativa di attribuire al RUP una specifica competenza, quella di assicurare la tutela economica e normativa dei dipendenti impiegati negli appalti pubblici, con una specifica attenzione agli appalti di lavori, servizi e forniture con posa in opera.

L'obiettivo viene raggiunto, imponendo al RUP di individuare il CCNL di maggior tutela per i lavoratori, assicurando, al contempo, all'imprenditore, in ossequio al principio costituzionale della libertà di iniziativa economica, di applicare un contratto differente, purché di ugual tutela rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante.

Tuttavia, le modifiche proposte finalizzate ad assicurare le tutele lavoristiche, concretizzate nell'individuazione di criteri di equipollenza tra contratti, mancano di valorizzare le peculiarità del contratto collettivo nazionale di lavoro specifico per l'attività da svolgere, vanificando l'obiettivo di tutelare la qualità, il lavoro e la professionalità.

Preme osservare che nei lavori edili sussiste una presunzione di equivalenza delle tutele, di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 11 del Codice, tra i contratti collettivi nazionali del settore edile (e relativa contrattazione integrativa territoriale) stipulati dalle Organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ossia quelli stipulati anche dalle organizzazioni Artigiane con Feneal-UIL, Filca-CISL e Fillea-CGIL (codici CNEL F012, F015, F018).

Da tali contratti – individuati dal Ministero del Lavoro con circolare n.13 del 5 giugno 2012 quali CCNL sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale – promanano, a livello territoriale, le Casse Edili e le Edilcasse coordinate a livello nazionale dalla Commissione Nazionale Casse Edili (CNCE), abilitate al

rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC) nonché al rilascio dell'attestazione di congruità dell'incidenza della manodopera.

Sono, inoltre, gli stessi contratti presi in considerazione dal Ministero del Lavoro per la predisposizione delle tabelle del costo del lavoro nel settore edile, ai sensi dell'art. 41 co.13 del d.lgs. n.36/2023.

Ne consegue che, per il settore edile, è acclarato quali siano i CCNL stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e per i quali sussiste già la suddetta presunzione di equivalenza delle tutele.

Si ritiene che la nozione di "equivalenza delle tutele" di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 11, debba essere declinata in conformità alle caratteristiche peculiari del settore.

Invece, per quanto concerne la valutazione delle tutele derivanti da altri contratti collettivi, è evidente che i parametri da considerare dovranno necessariamente ricomprendere anche un sistema di bilateralità che abbia le stesse caratteristiche, anche di terzietà, di quello promanante dai suddetti CCNL, al fine di evitare l'elusione di consolidati istituti normativi posti da decenni a presidio della legalità, della regolarità delle imprese e della tutela della formazione e della sicurezza dei lavoratori.

In sintesi, la proposta contenuta nel correttivo appalti deve necessariamente e in modo inequivocabile richiamare tutte le medesime tutele contenute nei suddetti contratti, comprese quelle che riconoscono un ruolo al sistema bilaterale nell'ambito della normativa antimafia, della legalità e della regolarità di impresa, della erogazione di prestazioni economiche, normative e di welfare per i lavoratori, proprio sul presupposto della terzietà di tale sistema rispetto agli specifici interessi di parte.

Rotazione negli appalti - Articolo 12 (Modifiche all'articolo 49 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36)

L'articolo 49 del Codice disciplina le modalità operative del principio di rotazione, che costituisce principio generale degli affidamenti dei contratti sottosoglia. Viene prevista una deroga al principio di rotazione consentendo al contraente uscente di essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto in casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, previa verifica dell'accurata esecuzione del precedente contratto nonché della qualità della prestazione resa.

Si introduce, quindi, il requisito dell'accurata esecuzione del contratto, che dovrebbe presupporre anche la qualità della prestazione resa. Tuttavia, al fine di rafforzare l'ampliamento della concorrenza a tutti gli operatori si potrebbe estendere la rotazione anche ai soggetti già invitati in precedenza seppure non aggiudicatari.

Revisione dei prezzi - Articolo 16 (Modifiche all'art. 60 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n.36)

La disposizione in esame apporta modifiche all'articolo 60 del Codice, al fine di chiarire il meccanismo di applicazione delle clausole di revisione dei prezzi.

Attualmente, il decreto legislativo 36/23 all'articolo 60 comma 2, prevede che al determinarsi di una variazione dei prezzi in aumento o diminuzione superiore al 5% dell'importo complessivo scatti la disciplina sulla revisione dei prezzi operando nella misura dell'80% della variazione stessa. Il correttivo inserisce una modifica sostanziale che incide radicalmente sulla disciplina della revisione dei prezzi prevedendo che le clausole di revisione prezzi "si applicano nella misura dell'80 per cento del valore eccedente la variazione del 5 per cento applicata alle prestazioni da eseguire".

In tale prospettiva, la variazione del 5% diviene una soglia di attivazione, ovvero una franchigia, oltre la quale si applica il calcolo della revisione.

Sino ad ora, si era ritenuto che la compensazione nella misura dell'80% operasse solo oltre la soglia del 5%, con il correttivo invece tale interpretazione viene espressamente codificata, con conseguenze per gli operatori economici non marginali.

Viene poi inserito il 4-ter che rinvia ad un nuovo Allegato II.2-bis per il calcolo della revisione dei prezzi con cui si dispone che per la determinazione della variazione dei costi e dei prezzi non si utilizzino più gli indici elaborati dall'ISTAT bensì gli indici contenuti nell'Allegato II.2-bis, individuati dal MIT sentito l'ISTAT.

In particolare l'Allegato II.2-bis prevede all'art.3 che le stazioni appaltanti monitorino l'andamento degli indici di costo, attivando automaticamente, anche in assenza di istanza di parte le clausole di revisione dei prezzi.

Sebbene si voglia guardare con fiducia all'inserimento di un nuovo meccanismo di revisione dei prezzi, il previsto sistema appare di difficile realizzazione nella pratica, in quanto vorrebbe dire che ogni stazione appaltante, con molteplici contratti da monitorare costantemente, ponga in essere attività di calcolo delle variazioni che non sono immediate e che richiedono elevate professionalità.

Al contrario, si accoglie positivamente la previsione nello schema di correttivo della estensione delle norme relative alla revisione dei prezzi nell'ambito del subappalto (già oggetto di proposta in seno a questa Commissione Audizione informale nell'ambito dell'esame delle risoluzioni 7-00220 Mazzetti, 7-00229 Manes, 7-00234 Santillo e 7-00247 Milani) evidenziando peraltro come, tale previsione, non abbia trovato doveroso richiamo al comma 11 dell'art. 119.

In definitiva, la modifica dell'art.60 e l'introduzione dell'Allegato II.2-bis non sembrano muoversi nel senso di una semplificazione delle procedure di attivazione della revisione dei prezzi, rischiando invece di ridurre un meccanismo complicato e non agevole da gestire, pertanto, si ritiene utile eliminare la disposizione di cui al comma 1, lettera b).

Partecipazione piccole e medie imprese - Articolo 17 (Modifiche all'articolo 61 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36)

La novella introduce una possibilità per la stazione appaltante e l'ente concedente, negli affidamenti di importo inferiore alle soglie europee, di riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e quelle di concessione o per l'esecuzione alle piccole e medie imprese, tenuto conto dell'oggetto e delle caratteristiche delle prestazioni o del mercato di riferimento.

La norma in questione esprime concretamente l'intento del legislatore dell'inclusione delle piccole imprese al mercato degli appalti pubblici, permettendo loro di partecipare più attivamente e su una base più equa alle procedure di appalto e concessione per lavori sotto le soglie UE. Tuttavia, la formulazione va arricchita del riferimento anche alle micro imprese come definite nella Raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003 e richiamate all'articolo 1, comma 1, lettera o) dell'Allegato I.I.

Al fine di potenziare l'accesso agli appalti delle piccole imprese, a parere di CNA e Confartigianato, manca una previsione *ad hoc* sulla suddivisione in lotti.

La stessa Autorità Nazionale Anticorruzione nella relazione sull'attività del 2023, ha posto in evidenza la questione, sottolineando il profilo restrittivo della partecipazione alle gare che ha riguardato l'inadeguata o mancata suddivisione in lotti degli appalti. Ferma restando l'autonomia funzionale di ogni lotto, "la suddivisione dell'appalto deve essere effettuata in maniera tale che l'entità dei singoli lotti sia commisurata alla capacità delle PMI, sia su base quantitativa che qualitativa, tenendo conto dei settori specializzati delle stesse."

Evidentemente, nonostante le previsioni contenute nell'articolo 58, la suddivisione in lotti non è efficace, in quanto la realtà fattuale ci dimostra che la maggior parte dei bandi non viene frazionata e che per la gran parte le stazioni appaltanti non motivano la scelta di procedere con un lotto unitario, o ancora, laddove presente la motivazione risulta un mero adempimento di carattere formale.

Molto spesso, la suddivisione in lotti viene sacrificata in virtù di un ipotetico risparmio. L'obiettivo di contenere la spesa pubblica deve essere però accompagnato anche dalla volontà di rendere gli appalti più accessibili a tutte le categorie di imprese, individuando soluzioni normative che prevedano una sorta di riserva (misure di preferenza, cd. *set aside*) per le piccole imprese, sul modello francese.

Al riguardo, appare opportuno inserire una riserva al fine di prevedere l'affidamento in lotti separati delle attività di restauro e scavo archeologico, anche qualora connesse ad appalti complessi (categorie OS2-A e OS25).

Consorzi - Articolo 20 (Modifiche all'articolo 67 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36)

L'articolo 67 del Codice detta la disciplina in materia di consorzi non necessari, in particolare, dei consorzi di artigiani, di cooperative e dei consorzi stabili, rinviando all'emanazione di un regolamento di attuazione per la disciplina dei requisiti tecnici e finanziari dei consorzi.

La novella in esame, al comma 1, lettera d), modifica il citato articolo 67, comma 4 del Codice, estendendo ai consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e ai consorzi fra imprese artigiane, l'obbligo di indicare, nell'offerta, per quali consorziati il consorzio concorre.

Tale obbligo, al momento previsto esclusivamente per i consorzi stabili, non è condivisibile data la natura giuridica dei consorzi di cooperative e di quelli artigiani.

Questi ultimi, a differenza dei consorzi stabili (che hanno anche una struttura imprenditoriale e che possono concorrere anche quali esecutori in proprio dell'appalto), invero, sono caratterizzati da una disciplina peculiare, ed è loro riconosciuta una flessibilità operativa funzionale a garantire una gestione più efficace e dinamica dell'appalto e garantire che sia effettivamente svolta la prestazione promessa.

Tale principio, peraltro, è stato ribadito più volte dalla giurisprudenza, nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 14/2013, dalla successiva sentenza del Consiglio

di Stato, Sez. V, 17 luglio 2017, n. 3505 e ribadita da ultimo nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VII, 11 aprile 2024, n. 3332.

Per cui si desume che il rapporto organico che lega le consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori è tale che l'attività compiuta dalle consorziate è imputata organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi.

L'imputazione dell'attività delle consorziate al consorzio comporta due diverse conseguenze:

- 1) in ordine alla responsabilità per inadempimento che, come riferito, si imputa solo in capo al consorzio in quanto lo stesso partecipa alla procedura di gara utilizzando requisiti suoi propri, e, nell'ambito di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle consorziate che costituiscono articolazioni organiche del soggetto collettivo;
- 2) in relazione alla impossibilità da parte della impresa consorziata designata per l'esecuzione di far valere il requisito della capacità tecnica e professionale derivante da tale designazione per commesse future, essendo la prestazione riferibile solo a quel determinato consorzio.

Accordo di collaborazione - Articolo 22 (Inserimento dell'articolo 82-bis al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36)

Tra le modifiche, merita attenta valutazione il nuovo istituto dell'accordo di collaborazione tra le parti coinvolte in misura significativa nell'esecuzione dell'opera, che può essere inserito nei documenti di gara a discrezione delle stazioni appaltanti.

Tale strumento sembra deflattivo del contenzioso in quanto offre alle parti la possibilità di prevenire e ridurre i rischi che potrebbero verificarsi durante l'esecuzione, nonché risolvere le controversie che potrebbero insorgere nell'esecuzione dell'accordo. Il corretto adempimento da parte dell'appaltatore viene favorito dalla possibile introduzione di criteri premiali, di natura facoltativa.

Autocertificazione - Articolo 24 (Modifiche all'articolo 99 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36)

La norma introduce un meccanismo di autocertificazione dell'operatore economico sul possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento in caso di comprovato malfunzionamento delle piattaforme di approvvigionamento digitale.

Seppur condivisibile la ratio della previsione, volta a consentire la prosecuzione e la speditezza delle gare nonostante possibili malfunzionamenti delle piattaforme, tale norma nella pratica ben si presterebbe ad aumentare gli oneri amministrativi da parte delle imprese. Queste ultime, infatti, dovrebbero nuovamente autocertificare requisiti già inseriti nel DGUE e presenti in atti già in possesso delle PA.

In un sistema digitale che si basa sempre più sull'interoperabilità dei dati e la consultazione diretta delle banche dati da parte della stazione appaltante, l'autodichiarazione resa dall'operatore economico in sede di gara di appalto dovrebbe essere ormai superato.

Illecito professionale grave - Articolo 23 (Modifiche all'articolo 98 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36)

L'articolo 23 interviene con modifica all'articolo 98 del d.lgs. 36/23 ricomprendendo tra gli illeciti professionali gravi anche l'applicazione delle penali per ritardo nell'esecuzione (ex art. 126, comma 1) in misura pari o superiore al 2% dell'ammontare netto contrattuale.

Appare particolarmente afflittivo considerare l'ipotesi di penale da ritardo, nella misura peraltro del 2% dell'ammontare netto contrattuale, quale un illecito professionale grave al pari delle persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto che ne hanno causato risoluzione per inadempimento oppure condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale.

Subappalto - Articolo 33 (Modifiche all'articolo 119 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36)

Particolare interesse suscitano le specifiche introdotte alla disciplina del subappalto.

Sebbene non si tratti delle auspiccate modifiche all'impianto dell'articolo 119, volte a limitare il ricorso al subappalto a cascata, la norma contiene norme di favore per le piccole imprese, la cui attuazione andrà verificata nella pratica caso per caso.

Viene, infatti, inserita, infatti alla lettera a), una sorta di riserva di subappalto per le piccole e medie imprese al 20%. Anzitutto, anche in questa ipotesi, sarebbe auspicabile riprendere il riferimento alle micro imprese contenuto all'articolo 1, comma 1, lettera o) dell'Allegato I.I.

In secondo luogo, a ben vedere, la disposizione non appare tassativa, bensì concede all'operatore economico la possibilità di superare tale obbligo motivando in sede di offerta l'impossibilità di farlo nel caso di specie in ordine a motivi inerente all'oggetto o alle caratteristiche delle prestazioni o al mercato di riferimento.

Alla lettera d) viene inserita la possibilità per l'appaltatore di utilizzo, oltre ai CCNL del contraente principale, anche di un differente contratto collettivo, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello applicato dall'appaltatore. Ciò ovviamente qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alla categoria prevalente e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.

Esecuzione - Articolo 38 (Modifiche all'articolo 126 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36)

L'articolo 126 del Codice disciplina le penali e i premi di accelerazione nell'esecuzione del contratto. Particolarmente afflittiva appare la previsione di modifica delle penali per il ritardato adempimento calcolate in misura giornaliera che passano dallo 0,3 per mille e l'1 per mille allo 0,5 per mille e l'1,5 per mille.

La stessa norma interviene anche sulle premialità previste dall'art. 126 d.lgs. 36/23 e sebbene, favorevolmente, preveda l'inserimento obbligatorio, e non più facoltativo, nel bando o avviso di

gara, di un premio di accelerazione per ogni giorno di anticipo, subito dopo ne subordina l'efficacia alla verifica sulla esecuzione dei lavori conforme alle obbligazioni assunte.

Restauratori - Articolo 60 (Modifiche all'articolo 225 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36)

A destare particolare preoccupazione è l'articolo 225, finalizzato a dettare una disciplina transitoria, della quale non viene specificata la durata, per l'individuazione dei Restauratori idonei alla progettazione e direzione lavori su Beni Culturali tutelati.

L'attività di direzione dei lavori, di supporto tecnico alle attività del RUP e di dirigente competente alla formazione del programma triennale, può essere ricoperta, in luogo di un restauratore di beni culturali qualificato ai sensi della normativa vigente, dai soggetti che, alla data di entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, svolgevano la funzione di direttore tecnico presso un esecutore di contratti pubblici e in possesso alla medesima data di una esperienza almeno quinquennale.

Si tratta di un surrettizio ampliamento, sine die, di una platea di figure professionali, quando si registrano oltre settemila operatori in possesso dei requisiti professionali e iscritti all'Elenco istituito presso il Ministero della Cultura che potrebbero ricoprire il ruolo di direttore dei lavori, di supporto tecnico RUP e dirigente alla formazione del programma triennale.

Per questo motivo, la norma andrebbe espunta.

Qualificazione SOA per gli operatori economici per appalti di servizi e forniture.

Tra le questioni, invece, non affrontate dal provvedimento in titolo, andrebbe inserita l'abrogazione del comma 10 dell'articolo 100, che a nostro avviso rappresenta un eccesso di delega.

Si coglie l'occasione per rimarcare la necessaria revisione del sistema di attestazione SOA, che

dovrebbe essere semplificato al fine di poter essere accessibile anche per le micro e piccole imprese.

Tale semplificazione dovrebbe essere orientata e finalizzata anche ad alleggerirne i costi (diretti e indiretti), e a valorizzare i criteri di verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, delle attività effettivamente eseguite.

Crediamo che i temi da approfondire siano: i costi dell'attestazione, la verifica triennale, i lavori per dimostrare la capacità tecnica professionale per il mantenimento dell'attestazione, la riorganizzazione e attualizzazione delle categorie, l'avvalimento.

Inoltre, si propone di abrogare anche l'art. 109 "Reputazione dell'impresa" che non appare tra i criteri di delega.