



“Il nuovo Codice dei contratti pubblici: profili positivi e di criticità”

Position Paper

Luglio 2023

PREMESSA

In un quadro globale così complesso per gli scenari futuri, nel quale le imprese subiscono ancora gli effetti negativi dell'aumento incontrollato dei costi dell'energia e delle materie prime e sono di fronte ad una sfida *green* sempre più impattante per il nostro sistema industriale, riteniamo apprezzabile la *strategia di policy* contenuta nel Codice dei contratti pubblici (Dlgs 36/2023, di seguito CCP), basata su azioni efficaci, tempi certi di attuazione ed interventi incisivi per dare impulso agli investimenti, compresi quelli del PNRR.

Trovandosi all'interno del quadro delle riforme richieste dal Next Generation EU, l'attuale riforma del CCP deve creare le condizioni per una maggiore capacità di spesa delle risorse pubbliche, ma anche una capacità di investimento tale da traguardare la transizione tecnologica, digitale e sostenibile del Paese.

Dal punto di vista dell'impostazione generale, la riforma organica del Codice, redatta dal Consiglio di Stato, rappresenta sicuramente un autorevole intervento, che allinea la normativa anche ai più recenti indirizzi della giurisprudenza amministrativa e della normativa europea, offrendo un dinamismo del tutto nuovo rispetto all'attuale impalcatura normativa, ma soprattutto ridando l'organicità e la sistematicità perdute a seguito delle continue modifiche introdotte.

È positivo avere un nuovo Codice che non rinvii ad ulteriori provvedimenti attuativi ma sia immediatamente "autoesecutivo", consentendo da subito a chi lo deve applicare una piena conoscenza dell'intera disciplina attuale. Ciò è stato possibile grazie ad un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al Codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime). Positiva, quindi, la possibilità di modificare gli allegati tramite regolamento e non necessariamente tramite legge.

Sollewa interesse la relazione agli articoli e agli allegati del Codice, un nuovo testo che punta a essere una sorta di libretto delle istruzioni a disposizione di tutti gli operatori, tramite una relazione con descrizione approfondita dei singoli articoli. La

relazione, che dovrà inevitabilmente essere aggiornata in base alle future modifiche, svolgerà una funzione di indirizzo attuativo in luogo delle linee guida ANAC.

In particolare, è stata apprezzata l'idea di un marcato cambio di paradigma: siamo di fronte ad un Codice basato su logiche diverse rispetto a quello che lo ha preceduto: si è passati da un "*Codice dell'anticorruzione*" ad un "*Codice del fare*", che ha come obiettivo la ripresa economica del sistema-Paese.

Non si tratta di un cambiamento di dettaglio rispetto alla precedente impostazione e questo si evince a partire dai principi che non sono solo valoriali ma hanno un carattere precettivo. Ci si riferisce ai tre "super principi", quelli del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, qualificati come criteri interpretativi e applicativi dell'intero Codice e pertanto sovraordinati e prevalenti rispetto agli altri principi.

I principi del risultato e della fiducia integrano quelli - ormai consolidati - della pubblicità, della trasparenza e della parità di trattamento, che devono orientare tutte le procedure, incluse quelle più flessibili.

Nella relazione di accompagnamento al Codice il risultato, in termini di qualità e di prezzo degli appalti aggiudicati, è definito addirittura come l'interesse pubblico primario. Rispetto ad esso il principio della concorrenza assume un valore strumentale.

Non è sufficiente, infatti, che la procedura sia aperta alla partecipazione effettiva di una pluralità di imprese; occorre che l'esito finale del confronto competitivo produca i risultati migliori.

E' particolare il rapporto che c'è tra il "risultato", da un lato, e la "concorrenza" e "la trasparenza", dall'altro, questi ultimi considerati non come fini ma come strumenti in vista del raggiungimento del risultato.

La concorrenza è uno strumento il cui fine è realizzare al meglio l'obiettivo di un appalto aggiudicato ed eseguito in funzione del preminente interesse della committenza.

In sintesi, nel nuovo codice del "fare" la novità è dirompente: una procedura di appalto efficace e tempestiva, che consegua l'obiettivo, pone in secondo piano il rispetto dei formalismi procedurali (si pensi in tal senso alle conseguenze sull'attività di graduazione e bilanciamento cui saranno chiamati i giudici amministrativi). Tutto ciò si traduce, da un lato, in minori violazioni formali per i RUP, dall'altro, occorrerà verificare se potrà avere un impatto pregiudizievole, per il mondo imprenditoriale, in termini di minore concorrenzialità.

Proprio sul tema della concorrenza, Confindustria è intervenuta, a più riprese, durante l'*iter* legislativo che ha portato all'approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, suggerendo anche ulteriori proposte di modifica *ad hoc*, in parte anche accolte.

Il riferimento, in modo particolare, è alla richiesta di: ampliare il perimetro di applicazione del meccanismo della revisione prezzi; contenere le misure emergenziali introdotte negli ultimi anni in materia di affidamenti sottosoglia, valorizzando i principi di concorrenza, trasparenza e massima partecipazione degli operatori alle procedure di gara; avere rassicurazioni sul fatto che l'affidamento *in house* abbia la funzione di strumento a tutela della qualità del servizio, dei costi dei servizi per gli utenti, nonché degli obiettivi di universalità, tutela ambientale e accessibilità dei servizi, attribuendo però all'ANAC le funzioni di vigilanza su detto istituto, onde evitarne un utilizzo abusivo a danno del mercato.

Sotto il profilo del merito, considerando che la riforma è da intendersi finalizzata a restituire alle disposizioni codicistiche semplicità e chiarezza di linguaggio, riteniamo fondamentale che i contratti pubblici riferiti ai servizi e alle forniture abbiano una

propria specificità e un proprio riferimento nell'ordinamento e nei criteri di semplificazione. Il vecchio CCP, su alcuni principali istituti, era ancora troppo orientato verso il mondo dei lavori.

La richiesta è di ridurre al minimo i dubbi interpretativi e di prevedere norme differenziate tra settori totalmente diversi tra loro. I riflessi di una carente differenziazione normativa possono essere molto diversi e, addirittura, creare in alcuni casi veri e propri “problemi applicativi”.

Se nel precedente Codice questa mancata differenziazione poteva attribuirsi a una negligenza del legislatore, con il nuovo Codice notiamo l'utilizzo di precetti normativi scritti con grande accuratezza dei termini e, soprattutto, in grado di cogliere le differenze tra i vari settori.

Che il Codice manchi in alcuni casi di una specifica attenzione ai servizi e alle forniture si evince anche dalla necessità che il Consiglio di Stato ha avvertito nell'introdurre l'art. 221, rubricato “*Indirizzo, coordinamento e monitoraggio presso la Cabina di regia. Governance dei servizi*”, che, in particolare ai commi 8 e 9, si riferisce specificatamente alla “*governance*” dei servizi e delle forniture, disciplinando le funzioni del Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (CIPES) in materia di predisposizione del piano nazionale dei servizi strategici del Paese e i contenuti del piano stesso.

Questa rappresenta una novità rilevante e va nell'ottica che Confindustria ha più volte richiesto, ovvero verso la definizione di un sistema di *governance* specifico per il comparto dei servizi e delle forniture, che risultano strategici per il Paese.

Del resto, che sia necessario intervenire per concedere maggiore spazio all'ambito dei servizi e delle forniture emerge già chiaramente dalla Relazione tecnica di accompagnamento del Consiglio di Stato, che evidenzia che “*sia per la rilevanza*

strategica dell'industria dei servizi per l'economia nazionale e per lo sviluppo del paese, sia per il grado di rilevanza in termini di imprese e di addetti, questo settore deve avere nelle politiche di Governo uno spazio adeguato alla sua importanza con una rappresentanza stabile nel CIPE.”

PROFILI POSITIVI E DI CRITICITÀ PER I SETTORI DEI SERVIZI E DELLE FORNITURE

Entrando nel merito delle disposizioni, in generale, è evidente l'intento del legislatore di riservare un maggiore spazio all'esercizio della **discrezionalità amministrativa**, conseguenza diretta anche dell'applicazione del principio del *gold plating*.

Questo aspetto può essere valutato positivamente, poiché un approccio meno formalistico, non più votato alla rigida applicazione automatica delle regole può contribuire a superare la “*burocrazia difensiva*” (che si tramuta nella cd. “paura della firma” e del danno erariale) dei funzionari pubblici.

Positivo anche che il Codice rifletta le **esigenze di semplificazione** dell'impianto normativo perseguite dal legislatore, che sono riconducibili anche all'adempimento degli obblighi assunti in ambito PNRR.

Su questo versante, accanto alla riaffermazione della tradizionale centralità dei canoni di trasparenza, *par condicio* e pubblicità, nonché alla novità - già citata - rappresentata dall'enunciazione dei nuovi principi del risultato e della fiducia, l'altro elemento innovativo è il **forte richiamo alla digitalizzazione**.

Il legislatore ha ritenuto che i tempi fossero oramai maturi per introdurre la tecnologia e la ricerca dell'efficienza anche nel settore dei contratti pubblici.

Rendere digitali gli appalti significa utilizzare piattaforme interoperabili con le banche-dati esistenti; significa realizzare procedure «nativo digitali», produrre dati e non documenti. La conseguenza può essere il superamento delle autocertificazioni, della

compilazione (per ogni procedura) del documento di gara unico europeo (DGUE), spesso troppo corposo, nonché la possibilità di creare una sorta di “pass di impresa”, ovvero un’abilitazione digitale dell’operatore economico, come anche chiede il PNRR.

Sotto tale aspetto, si pensi alla riduzione del tempo necessario per controllare i requisiti di partecipazione a una gara, alla possibilità di riutilizzare ciò che è stato già controllato e di non inviare ripetutamente gli stessi documenti, di avere accesso immediato agli atti di gara e alla stessa offerta dell’aggiudicataria.

La digitalizzazione costituisce anche un’efficace misura di prevenzione della corruzione, in quanto agevola trasparenza, tracciabilità, partecipazione, controllo di tutte le attività.

Il tema della digitalizzazione comporta però due ordini di problemi: carenze tecniche e resistenze culturali.

Si può dunque comprendere lo sforzo che dovrà essere fatto in sede di applicazione concreta, motivo per cui ci sembra ragionevole anche l’articolato regime transitorio che differisce l’entrata in vigore delle regole sulla digitalizzazione al 1° gennaio 2024.

L’obiettivo è fare in modo che le Amministrazioni si dotino delle infrastrutture informatiche necessarie allo svolgimento delle procedure di appalto in modalità digitale, ma anche concedere ai professionisti e alle imprese che partecipano alle gare d’appalto di familiarizzare con le nuove piattaforme informatiche.

L’evoluzione digitale della PA coinvolge il tema della **qualificazione delle SA** (art. 63): solo le amministrazioni in grado di utilizzare le più evolute tecnologie potranno gestire le gare più complesse e procedure quali il project financing e il dialogo competitivo.

Non si tratta, quindi, di ridurre il numero di stazioni appaltanti penalizzando le Amministrazioni che non saranno in grado di qualificarsi, ma di concentrare le attività su un numero adeguato di stazioni appaltanti che siano in grado di disporre di personale preparato, di processi e procedure efficienti, di competenze tecniche e non

solo amministrative, nonché di tecnologie digitali a supporto dell'intero ciclo di vita degli appalti.

Si tratta di una necessità finalizzata non solo a rispondere all'obiettivo posto dal PNRR, ma anche ad assicurare procedure rapide, selezionare i migliori operatori e garantire maggiori risparmi nell'interesse generale.

Rileviamo, in tal senso, la necessità di riservare un'adeguata attenzione, **al tema della formazione dei funzionari e degli operatori tecnici delle stazioni appaltanti**, che, a nostro avviso, è di assoluto rilievo, ma rimane ancora non sufficientemente valorizzato, mentre avrebbe meritato una programmazione più ampia e dettagliata, con riferimenti estremamente puntuali e ricchi di progettualità; fra i temi oggetto di formazione si segnalano i Criteri Ambientali Minimi emanati dal Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica.

Positivo e a tutela delle imprese, in modo particolare delle PMI, l'inserimento nel Codice (all'articolo 58, comma 2) dell'**obbligo di motivazione della mancata suddivisione in lotti**, in coerenza con i principi dello *Small Business Act* del 25 giugno 2008.

La mancata suddivisione in lotti assume valenza di eccezione rispetto alla modalità ordinaria di affidamento degli appalti.

Infine, positive le innovazioni apportate alla disciplina delle **cause di esclusione non automatica per illecito professionale**, sia rispetto al vecchio CCP, che alle prime bozze del Codice (art. 95). In primo luogo, la fattispecie dell'illecito professionale è stata maggiormente tipizzata, individuando le ipotesi di reato rilevanti ed eliminando il rinvio aperto anche alle condotte diverse da quelle espressamente previste.

Con tali correttivi, è stata, quindi, superata la facoltà, che il vecchio CCP attribuiva alle stazioni appaltanti, di escludere l'operatore economico in presenza di qualsiasi condotta illecita la cui gravità fosse tale da incidere sull'affidabilità e integrità dell'impresa. In secondo luogo, nella direzione auspicata da Confindustria, è stata rivista anche la disciplina dei mezzi di prova dai quali la stazione appaltante può far

discendere il giudizio di gravità dell'illecito professionale e, quindi, l'esclusione dell'operatore economico.

In particolare, rispetto alle fattispecie di reato diverse da quelle che legittimerebbero l'esclusione automatica, è ora necessario che siano intervenuti una sentenza di condanna definitiva, un decreto penale di condanna irrevocabile, la condanna non definitiva o un provvedimento cautelare reale o personale.

È, quindi, venuta meno la rilevanza dei rinvii a giudizio e delle sentenze di patteggiamento.

Positive sono anche le previsioni di **tutela del *Made in Italy* nelle costruzioni** contenute nell'Allegato I.7, Articolo 3, del Codice degli Appalti, dove si elencano le indicazioni minime che dovrà riportare il Documento di Indirizzo alla Progettazione – DIP – fra le quali: *“v) per le forniture, i criteri di approvvigionamento di materiali idonei a garantire il rispetto dei criteri ambientali minimi e i diritti dei lavoratori, secondo indirizzi finalizzati a promuovere le forniture di materiali certificati da organismi verificatori accreditati di cui al regolamento di esecuzione (UE) 2018/2067 della Commissione, del 19 dicembre 2018”*. Si tratta di un primo importante passo verso la difesa del mercato nazionale dal rischio di deindustrializzazione a seguito delle crescenti importazioni di prodotti da costruzione da Paesi extra-europei, che non devono rispettare i medesimi standard ambientali e sono pertanto maggiormente competitivi. Per dare un'idea della crescente concorrenza da Paesi extra-EU, nell'ultimo triennio le importazioni di cemento provenienti da paesi extra UE sono cresciute del 260% (primo trimestre 2023/2020)

Tra gli aspetti potenzialmente negativi e da approfondire si segnalano i seguenti:

- il tema **della trasparenza degli affidamenti diretti**. Nel nuovo Codice si registra una possibile carenza di trasparenza in relazione agli affidamenti diretti: a differenza di quanto previsto dal DL n. 76/2020 (che prevedeva una durata massima di due mesi per la conclusione delle procedure), non sono predefiniti termini entro i quali concludere la gara; inoltre, non si riscontra l'obbligo di pubblicizzare preventivamente gli affidamenti.

Una tale impostazione, oltre a determinare inevitabili rischi in termini di qualità dell'affidamento, rischia di determinare un eccessivo sacrificio del principio dell'evidenza pubblica dell'attività amministrativa. Porre degli obblighi in capo alle stazioni appaltanti in merito alla pubblicità e alla trasparenza degli affidamenti diretti appare opportuno;

- **sull'innalzamento stabile delle soglie per l'affidamento diretto** a € 140.000 per servizi e forniture (art. 50) non si può che esprimere un giudizio negativo, in quanto tali soglie vanno, in sostanza, a danneggiare soprattutto le piccole e medie imprese, che possono partecipare più agevolmente proprio alle gare di minore valore. Questa impostazione è un corollario dell'assetto del nuovo Codice, che mira al risultato anche a costo di sacrificare la concorrenza.

Tuttavia, deve considerarsi anche che il ricorso all'affidamento diretto, eseguito senza il minimo confronto concorrenziale, spesso significa (soprattutto nelle realtà territoriali più piccole) rivolgersi a ditte conosciute, che potrebbero non essere sempre le più efficienti. La concorrenza, invece, crea qualità.

Nel Codice sono presenti anche diversi aspetti che vanno in questa direzione, uno su tutti la **ridefinizione della disciplina del "principio di rotazione"** (art. 51), dotata di favorevole stampo pro-concorrenziale; in questo senso anche i principi - cardine del nuovo Codice - dell'efficienza e del risultato sono meglio perseguibili facilitando quanto più possibile l'avvicendamento degli affidatari nelle varie fasi, non riducendo la trasparenza ad un mero obbligo burocratico e non interpretando la concorrenza come sinonimo di "lentezza" della procedura;

- la **clausola automatica di revisione prezzi** e il conseguente riequilibrio contrattuale, specie per gli appalti di servizi e forniture. Con il nuovo Codice diventa obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi, che, lasciando inalterata la natura sinallagmatica del contratto, si attivano *"al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione"*.

L'articolo 60 prevede un sistema di revisione che, purtroppo, non appare funzionale. Occorre, infatti, constatare come la "revisione" sia costruita per limitare l'impatto sulla spesa della pubblica amministrazione, dal momento che applicare una soglia del 5% a un indice di variazione composito come quelli dell'ISTAT significa rendere, di fatto, non operativa la previsione normativa.

Ad esempio, se consideriamo le variazioni dell'indice FOI, dal 2016 ad oggi, solo nel 2022 queste hanno fatto segnare una variazione rispetto all'anno precedente superiore al 5%, pertanto la soglia attualmente identificata dal legislatore non permette di fatto una revisione. Se a questo aggiungiamo anche la soglia del "*quantum*" di revisione, ovvero l'80% della variazione, si viene a creare una combinazione di eventi che pregiudica, oltre che l'equilibrio contrattuale, anche la possibilità di garantire costantemente gli *standard* definiti nell'aggiudicazione della gara.

La nostra principale preoccupazione deriva dal fatto che sono già state bandite nuove gare che recano un mix normativo tra il precedente Codice dei contratti e il nuovo articolo 60: la percentuale al 10% (e non al 5% come previsto dal nuovo Codice) come variazione e un riconoscimento dell'80% della variazione solo per la parte eccedente il 10%. Si tratta di un precedente pericoloso.

La preoccupazione per un operatore che effettua un servizio su più anni, è che possa non verificarsi mai la revisione prezzi e che, qualora ci fosse, le risorse andrebbero trovate nei ribassi d'asta di ogni singolo capitolo di gara fino a concorrenza della spesa. Sarebbe, tra l'altro, necessaria l'eliminazione della limitazione del riconoscimento all'80% della variazione di costo riscontrata, e attualmente presente nella disposizione.

Focalizzando poi l'attenzione sui contratti aggiudicati nell'ambito dei settori speciali è opportuno svolgere un'ulteriore riflessione circa l'inefficacia degli indici ISTAT per la rilevazione delle variazioni di prezzo.

La possibile inefficacia degli indici ISTAT per la gestione economica dei contratti aggiudicati nell'ambito dei settori ordinari diviene una certezza nell'ambito dei settori speciali.

Gli indici ISTAT individuati infatti non fotografano adeguatamente il variegato ventaglio di prodotti (nonché delle materie prime necessarie per la loro realizzazione) oggetto degli affidamenti di settori speciale.

Per tale ragione, sul punto, l'auspicio è quello che il Ministero voglia sfruttare la possibilità offerta dal comma 4 del medesimo articolo 60 per l'individuazione di "*eventuali ulteriori categorie di indici*" che – per una corretta gestione delle commesse di settore speciale – riteniamo possano essere rappresentati dai prezzari delle singole utilities;

- **il venir meno dell'equilibrio tra prezzo e qualità** (art. 108) ovvero l'asticella 70/30, che potrebbe in un'ottica di riduzione di spesa portare ad una aggiudicazione al prezzo più basso, riducendo così la qualità del servizio e anche la quantità del servizio reso. Tale eliminazione rischia di favorire offerte economicamente non sostenibili per gli operatori economici, che possono condurre, da un lato, a disservizi pubblici e, dall'altro, alla mancata aggiudicazione in favore di imprese capaci di presentare offerte economicamente sostenibili e con più alto livello qualitativo. Questo è uno dei più forti campanelli di allarme che come operatori economici, ma anche come cittadini, ci sentiamo di evidenziare;

- **le ipotesi di esclusione dell'operatore economico in presenza, tra le altre, di violazioni fiscali definitivamente accertate e non definitive**. Al riguardo, osserviamo che le disposizioni contenute negli articoli 94 e 95, nonché nel relativo allegato II.10, riproducano, sostanzialmente, l'impianto del previgente Codice degli appalti (combinato disposto dell'art. 80, comma 4 DLGS n. 50/2016 e del DM 28 settembre 2022 relativo alle violazioni fiscali non definitive).
Tale scelta, se da un lato consentirà alle imprese una più facile transizione al "nuovo" Codice degli appalti – anche considerati gli stringenti tempi di entrata in vigore della disciplina – dall'altro rappresenta, però, un'occasione perduta per superare le criticità preesistenti ed allineare la disciplina italiana in materia di

appalti alle disposizioni contenute nelle direttive europee (Direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE).

In primo luogo, infatti, si conferma il riferimento alla soglia di gravità per le violazioni definitivamente accertate di 5 mila euro (ex art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del DPR n. 602/1973), un importo significativamente basso che pone forti dubbi sul rispetto del principio di proporzionalità.

Ricordiamo che la Direttiva 2014/23/UE, riconosce ai singoli Stati membri la facoltà di prevedere una deroga all'esclusione obbligatoria nei casi in cui la stessa sarebbe chiaramente sproporzionata, in particolare nei casi in cui le violazioni riguardino ridotti importi di imposte e contributi previdenziali. Si poteva seguire la soluzione adottata con riguardo alle violazioni non definitive, dove il legislatore ha più correttamente individuato tale soglia di gravità come percentuale del valore dell'appalto (10%), al fine di valorizzare la ratio della norma di tutelare i soggetti che presentano profili di affidabilità e di solvibilità finanziaria adeguati alla corretta esecuzione dei lavori.

Infine, il legislatore ha omesso di recepire la seconda parte dell'art. 57, paragrafo 3, della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui l'esclusione da una procedura di appalto può essere evitata qualora l'operatore economico non abbia potuto provvedere a regolarizzare la sua posizione fiscale (pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare) prima della presentazione della domanda di partecipazione, poiché ha avuto conoscenza della sua posizione solo in un momento successivo. Per tali ragioni, proponiamo di prevedere - sia per le violazioni definitive, che per quelle non definitive - l'esonero dalla disciplina di esclusione nell'ipotesi in cui l'operatore fornisca la prova che le misure da lui adottate siano sufficienti a dimostrare la sua affidabilità ai sensi dell'art. 96, comma 6 (c.d. **clausola self-cleaning**);

- **le disposizioni relative alle RTI** (art. 68): esprimiamo un generale *favor* in merito alla riforma impostata, che è in grado di superare la differenziazione tra RTI verticali ed RTI orizzontali.

Sarebbe però opportuno inserire una precisazione: nel caso in cui la certificazione di qualità o l'attestazione sia richiesta solo per alcuni dei servizi oggetto di appalto, il possesso di tale requisito dovrebbe essere chiesto solo in capo ai membri del RTI che effettivamente eseguiranno la prestazione oggetto della certificazione.

Tali riflessioni sulla ripartizione di ruolo tra il soggetto "partecipante" e il soggetto "esecutore" si riflettono anche sul tema della responsabilità solidale: ci si chiede, infatti, se il principio di responsabilità solidale espresso dall'art. 68, comma 9, debba essere esteso anche verso il soggetto "partecipante" che non esegue la prestazione;

- **profili inerenti gli affidamenti *in house*.** Riteniamo che essi:
 - o siano plausibili laddove l'assenza del mercato sia chiara e certificata dalle stazioni appaltanti;
 - o siano ingiustificati, laddove: - tale pratica limiti ingiustificatamente la concorrenza e l'apertura al settore privato, impedendo la sopravvivenza dello stesso e una maggiore qualità per l'utenza dei servizi; - venga fatto dalle stazioni appaltanti un uso improprio di tale modalità di affido; - le stazioni appaltanti, non giustifichino adeguatamente, il ricorso all'"*in house*", mediante la documentazione prodotta utile ad intraprendere la costituzione di tali Società in totale controllo pubblico.

Con particolare riferimento al settore dei rifiuti urbani, a quanto sopra, si aggiunge un'impostazione data alla regolamentazione tariffaria, che mette in seria difficoltà gli impianti per il trattamento rifiuti ed impone tariffe amministrative per il conferimento, laddove questi siano individuati come essenziali per ciclo di gestione (e sta avvenendo in molte parti di Italia, vedi il caso della Puglia); ciò determinerebbe la creazione di barriere all'ingresso del mercato per le Aziende private praticamente insormontabili.

La combinazione tra la nuova veste del Codice appalti e l'intervento di regolamentazione appena descritto, andrà a determinare, da qui ai prossimi anni, una scarsissima propensione ad investire da parte degli operatori privati del settore. Se vogliamo garantire la sopravvivenza dignitosa del settore, è necessario

intraprendere una riforma che completi, in maniera egualitaria, gli interessi tanto del settore pubblico, quanto di quello privato; e ciò non solo nell'interesse delle aziende, ma anche degli utenti del servizio, che vedrebbero assicurati una maggiore qualità e un minor costo dello stesso;

- **requisiti triennali di fatturato e servizi analoghi** (art. 100), che penalizzano settori nei quali la concorrenza era più garantita, come quello dei servizi professionali che, fino a oggi, ha fatto riferimento al decennio.

La limitazione a tre anni dell'arco temporale entro cui comprovare detti requisiti comporta, infatti, il rischio di un blocco del mercato per l'assenza di operatori economici che abbiano svolto servizi analoghi nel predetto arco di tempo, specialmente con riferimento a servizi peculiari e non particolarmente frequenti.

Allo stesso modo, risulta problematica la spendita dei servizi analoghi svolti nell'ambito di accordi quadro che hanno sovente una durata superiore a tre anni.

- **l'incongruenza**, anche alla luce del varo della legge sull'equo compenso, **della possibilità di derogare al divieto di gratuità delle prestazioni professionali**. Il principio dell'equo compenso, oggi sancito dall'articolo 1 della Legge 21 aprile 2023, n. 49, ha ricevuto linfa nel testo del nuovo Codice dei contratti pubblici, citandolo espressamente tra i principi generale (articolo 8, comma 2) imponendone il rispetto da parte della P.A.

Tale maggiore centralità dell'equo compenso, innovando rispetto alla normativa previgente, obbliga anche la pubblica amministrazione a garantire un compenso equo ai professionisti di cui si avvale, risulta tuttavia indebolita dalla possibilità di derogarvi "in casi eccezionali", nei quali è pertanto ammessa la possibilità per la P.A. di accettare prestazioni professionali gratuite.

Ferma la valutazione negativa che, in più sedi, Confindustria ha avuto modo di esprimere sulla nuova disciplina generale dell'equo compenso recata dalla Legge sopra citata, le disposizioni del Codice, che peraltro non appaiono ben coordinate con quest'ultima, potrebbero favorire un'elusione dell'obbligo fondamentale di garantire agli operatori economici un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto e, dunque, una sottostima della parcella ad essi

riconosciuta, che potrebbe a sua volta pregiudicare non solo il decoro della professione, ma anche la stessa qualità della progettazione;

- la scelta non condivisibile di **ripristino dell'incentivo del 2% a favore dei tecnici delle PP.AA.** per la progettazione e, in parallelo, la mancata valorizzazione delle attività di supporto di *project management*.

La previsione dell'incentivo tecnico per la progettazione a favore dei dipendenti delle PP.AA. pone il problema, essenziale, della formazione di questi ultimi e della dotazione di strumenti idonei a garantire un livello qualitativamente elevato di progettazione, rendendo sostanzialmente antieconomico l'affidamento a tali soggetti della predetta attività.

Risulterebbe maggiormente opportuno mantenere in capo alle PP.AA. il compito di programmare e controllare l'iter di esecuzione dei lavori, comprensivo della validazione dei progetti, e lasciare l'attività di progettazione al mercato libero, vale a dire a soggetti altamente qualificati, in possesso delle competenze necessarie per lo svolgimento di servizi tecnici di carattere specialistico e che richiedono una rilevante multidisciplinarietà, quali sono i servizi di ingegneria e architettura.

Al contempo, sarebbe opportuno valorizzare maggiormente l'utilizzo, da parte del RUP, di supporti di *project management*, che rappresenta uno strumento essenziale per il ferreo controllo di tempi e costi e per assicurare la massima efficacia della spesa pubblica. Tale essenzialità risulta ancor più palese a fronte della sempre maggiore complessità degli interventi da realizzare, anche connessi all'attuazione del PNRR, che risulterebbero più facilmente ed efficientemente gestibili dal RUP qualora fosse affiancato da un soggetto dotato di competenze specifiche.

- **l'assenza totale di regole per l'affidamento di servizi tecnici** dovuta al mancato recepimento negli allegati delle linee guida ANAC 1/2016.

I servizi tecnici hanno una loro specificità, trattandosi di servizi intellettuali resi da forme organizzative variegata, con prestazioni definite da una disciplina tariffaria particolare, che, come tali, necessitano di una disciplina *ad hoc*. Non a caso, dal

primo regolamento della legge Merloni essi hanno infatti sempre avuto una disciplina specifica, non essendo sufficiente l'applicazione della normativa ordinaria che non copre tutti gli aspetti e le peculiarità dei predetti servizi.

Tale *vulnus* rischia infatti di condurre ad un blocco delle gare e “della firma”, trovandosi le stazioni appaltanti dal 1° luglio 2023, di punto in bianco, nella totale assenza di disposizioni in grado di guidarle nelle procedure di affidamento, tanto più rischioso nella delicata fase di attuazione del PNRR in corso.

- contrarietà alla **soppressione del divieto di subappalto di progettazione**. Il divieto di subappalto della progettazione, espunto dal nuovo testo del Codice dei contratti pubblici, è finalizzato a garantire che il progettista si assuma la responsabilità del proprio operato, costituendo la progettazione un opus intellettuale concettualmente unitario, e ad evitare il ritorno al sistema delle c.d. “scatole vuote”, vale a dire alla stipula di un contratto con un soggetto il quale, tuttavia, non svolge materialmente la prestazione oggetto dell’incarico, a sua volta ad un diverso professionista.

Il rischio insito all’eliminazione del divieto di subappalto è infatti quello di trasformare le società di ingegneria da prestatori di competenze qualificate in meri gestori del progetto, riducendosi a diventare meri subappaltatori, con specifico riferimento alla progettazione, dei grandi studi di architettura.

Occorrerebbe in ogni caso mantenere le eccezioni al divieto di subappalto introdotte già dalla Legge Merloni e mantenute, ancorché integrate, dal D.lgs. n. 50/2016, relativamente alle consulenze specialistiche e ai supporti per prestazioni iperspecializzate che richiedono il possesso di certificazioni in campo ambientale ed energetico.

Sotto il profilo del regime transitorio, **il suggerimento di Confindustria era stato di spostare in avanti, ossia al 1° gennaio 2024, l’entrata in vigore del Codice**: ribadiamo questo profilo, a nostro avviso particolarmente sensibile, in quanto la stabilità del quadro normativo è un fattore indispensabile e lo è, a maggior ragione, nel momento peraltro della massima attuazione del PNRR.

Un tempo più lungo avrebbe certamente consentito a tutti gli operatori coinvolti di acquisire dimestichezza e conoscenza di tutte le novità, così come avrebbe rappresentato una misura particolarmente apprezzata dalle imprese nell'ottica di una sollecita attuazione del Piano italiano di ripresa e resilienza.

Per concludere, Confindustria valuterà la portata della riforma in base agli esiti della sua reale applicazione sull'intero indotto industriale, fatto di concorrenza, di sviluppo tecnologico e di innovazione digitale.

Sarebbe limitativo valutare l'efficacia del Codice solo sulla base della capacità dello stesso di accelerare le procedure per sbloccare gli investimenti pubblici: per rilanciare l'economia del nostro sistema-Paese, l'attenzione non può essere focalizzata esclusivamente sul "quanto compro", ma anche e soprattutto sul "cosa compro".

Il nuovo Codice dovrebbe mettere a punto un quadro di riferimento grazie al quale tutti gli attori economici siano messi nelle condizioni di sostenere la imprescindibile transizione digitale, tecnologica e sostenibile: sono questi i pilastri da cui dovrà necessariamente partire qualsiasi ragionamento e che dovranno guidare ed ispirare i principi e la disciplina del nuovo Codice dei contratti.

La transizione tecnologica e sostenibile impone acquisti ed investimenti oculati e lungimiranti e tarati sui fabbisogni di innovazione della PA.

Anche in un'ottica di attuazione del PNRR, gli appalti vanno pertanto utilizzati come strumenti di politica industriale, idonei a stimolare la tutela dell'ambiente, delle pari opportunità, delle PMI, l'innovazione e, di conseguenza, la crescita economica del sistema Paese.

Ciò premesso, attuare un vero modello di Governance del Codice appalti, che sia in grado di effettuare una costante ricognizione sullo stato di attuazione delle norme e



sulle eventuali difficoltà che potranno riscontrare le stazioni appaltanti nella fase di applicazione, è essenziale anche al fine di proporre soluzioni correttive e di miglioramento. Ribadiamo ancora una volta che la Governance sarà in questo contesto ancora più determinante per monitorare cambiamenti così importanti come la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita degli appalti e la qualificazione delle stazioni appaltanti.

In tal senso, sarebbe altrettanto opportuna l'istituzione di un c.d. "Tavolo permanente dei Servizi e delle forniture" per il monitoraggio delle attività e delle criticità nell'applicazione delle norme del nuovo Codice nonché di tutte le questioni afferenti a detti settori.