

Newsletter



4 luglio 2022

La legge delega n. 78/2022 e l'avvio della riforma dei contratti pubblici

E' stata pubblicata nella GURI n. 146 del 24 giugno scorso la Legge 21 giugno 2022, n. 78 recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici". Con la pubblicazione in Gazzetta iniziano dunque a decorrere i sei mesi previsti per l'adozione da parte del Governo del nuovo Codice.

Come oramai noto, tra gli impegni assunti dal Governo italiano per l'attuazione del PNRR, nel quadro delle c.d. "riforme abilitanti" figura proprio la revisione dell'attuale Codice dei contratti pubblici, il quale, come si rileva nello stesso PNRR "ha causato diverse difficoltà attuative".

La legge si compone di due articoli: l'articolo 1 reca la norma di delega al Governo in materia di contratti pubblici. In particolare, il comma 1 delega il Governo ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge delega, uno o più decreti legislativi relativi alla disciplina dei contratti pubblici, al fine di adeguare la disciplina dei contratti pubblici a quella del diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori,

interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate.

L'art. 1 prevede un lungo elenco di principi e criteri direttivi che costituiscono, in: riduzione e la razionalizzazione delle norme in materia di contratti pubblici, divieto di gold-plating, tutela delle MPMI, ecc., mentre alcuni criteri direttivi della delega, rispetto al disegno di legge inizialmente approvato dal Governo, sono stati integrati in sede referente da parte dell'VIII Commissione ambiente del Senato, evidenziando una particolare attenzione alla tutela del lavoro, della sicurezza, alle politiche inclusive dei soggetti svantaggiati e all'integrazione del "socially responsible procurement".

Caratteri generali della riforma

Viene ribadito e rafforzato il divieto di gold-plating ("stretta aderenza alle direttive europee") mentre si sottolinea l'inderogabilità del sistema delle tutele del lavoro e della sicurezza, presidiate anche a livello costituzionale. Nel corso dell'esame in sede referente presso la VIII Commissione, è stato precisato che nell'attuazione della delega si dovrà tenere conto anche delle specificità dei contratti nei settori speciali (ossia i settori del gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica) e che l'apertura alla concorrenza e al confronto competitivo tra i diversi operatori deve includere anche le micro imprese (inizialmente escluse nel testo originario del ddl).

Qui di seguito qualche pillola che può interessare la clientela.

Competenze ANAC

La lett. b) prevede la "revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione in materia di contratti pubblici, al fine di rafforzarne le funzioni di vigilanza sul settore e di supporto alle stazioni appaltanti".

Si tratta sostanzialmente della riproposizione dell'omologo criterio direttivo scritto dalla legge 11/2016.

Qualificazione delle stazioni appaltanti

La legge delega prevede alla lett. c) un nuovo deciso impulso teso alla qualificazione delle stazioni appaltanti, e alla loro riduzione numerica anche attraverso accorpamento e di riorganizzazione delle stesse, mediante la previsione di incentivi all'utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l'espletamento delle gare pubbliche e pretende espressamente modalità di monitoraggio dell'accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti.

Il governo dovrà anche definire norme sull'organizzazione di corsi di specializzazione del personale delle stazioni appaltanti con particolare riferimento alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano al servizio degli enti locali.

A ben vedere niente di sostanzialmente innovativo rispetto all'omologo criterio scritto dalla legge n. 11/2016, rimasto fino ad ora inattuato.

Procedure sotto-soglia

Sul versante delle procedure sotto-soglia, il criterio di cui alla lett. e) è teso alla *“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 pubblicità, di trasparenza, di concorrenzialità, di rotazione, di non discriminazione, di proporzionalità, nonché di economicità, di efficacia e di imparzialità dei procedimenti e della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali, nonché previsione del divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare, ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate”*.

In disparte il richiamo agli oramai noti e ricevuti principi generali, l'elemento innovativo è costituito dal divieto del sorteggio come regola



STUDIO LEGALE ASSOCIATO

per la selezione degli operatori da invitare. Sul punto non si è mancato di evidenziare come l'impossibilità di utilizzare dinamiche casuali imporrà al RUP di valutare, propedeuticamente, altre strategie sia per ridurre l'elevato numero di candidature ad un'entità "sostenibile", sia per selezionare in modo imparziale gli operatori da invitare (sempre che non insistano motivazioni per applicare il sorteggio): oltre all'opzione di procedere all'invito di tutti i candidati (declinando la procedura in una modalità "di tipo aperto" con esenzione dall'applicazione del principio di rotazione), si profilano altri criteri selettivi che dovranno essere però imparziali e non discriminatori (dunque non "territoriali" o basati solo sul fatturato generale, ma eventualmente focalizzati su specifici elementi curriculari correlati all'oggetto del contratto), che implicano peraltro uno sforzo amministrativo ulteriore da parte del RUP.

Sulla soglia dell'affidamento diretto è lecito interrogarsi sul ritorno o meno agli angusti (e oggi oramai anacronistici) limiti infra 40.000 euro, ovvero sulla proroga dell'attuale regime transitorio fino alla completa attuazione del PNRR, ovvero ancora alla ridefinizione di una nuova soglia intermedia, quale sintesi tra le spinte di semplificazione/efficienza/accelerazione delle procedure, da un lato, e il garantismo dei principi generali richiamati nel criterio della delega, dall'altro.

Revisione prezzi

Tra i criteri direttivi più originali si richiama quello di cui alla lettera g) relativo alla "previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, compreso il costo derivante dal rinnovo dei CCNL nazionali sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente stabilendo che gli eventuali oneri derivanti dal suddetto meccanismo di revisione dei prezzi siano a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli

interventi e su eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa”.

Il criterio, generalizzato a tutti i contratti pubblici, dovrebbe contribuire, nella sua puntuale declinazione normativa, a colmare l’attuale vuoto normativo esistente per i meccanismi compensativi per servizi e forniture. In sede referente è stata poi aggiunta, in sintonia con le altre forme di tutela del lavoro, la previsione del costo derivante dal rinnovo dei CCNL.

Made in Italy

Innovativo si presenta il criterio di cui alla lett. i), che prevede l’obbligo per le stazioni appaltanti, che andrà opportunamente declinato nelle norme delegate, di ricorrere a forniture in cui la parte di prodotti originari di paesi extra Ue, che compongono l’offerta non sia maggioritaria rispetto al valore totale dei prodotti.

Inoltre, nel caso di forniture provenienti da Paesi extra UE, si dovranno applicare misure atte a garantire il rispetto di criteri ambientali minimi e dei diritti dei lavoratori, anche al fine di assicurare una leale concorrenza nei confronti degli operatori economici europei.

Equo compenso nelle attività professionali

Di rilievo, per i servizi tecnici ed intellettuali, la previsione di cui alla lett. l) secondo la quale il nuovo Codice dovrà prevedere il “divieto di prestazione gratuita delle attività professionali, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione”.

Si tratta di questione, quella degli incarichi gratuiti, assai complessa e controversa, che sottende la problematica della “concezione debole dell’onerosità” degli appalti pubblici, come affermata dalla recente giurisprudenza europea e interna, e che il legislatore più recente ha tentato di gestire attraverso la disciplina dell’equo compenso.

Come attentamente osservato (Armeli), rispetto alla situazione attuale, verrebbe sancita a livello normativo proprio l’eccezionalità della prestazione gratuita, imponendosene legislativamente i limiti. Sarebbero pertanto da valorizzare detti limiti posti all’eccezione e che il decreto

attuativo dovrà aver cura di circostanziare e definire senza margini di incertezza, esplicitando -quantomeno- le categorie di “casi eccezionali” nei quali ammettersi la gratuità della prestazione professionale. In tal modo, verrebbe agevolato anche l’assolvimento dell’onere motivazionale della pubblica amministrazione che, in questo caso, dovrà essere specificatamente adeguato, pena l’esposizione a facili impugnazioni.

Riduzione dei tempi delle procedure

Tra le misure di semplificazione e riduzione dei tempi delle procedure di gara e stipula dei contratti – tema particolarmente enfatizzato nell’attuale regime transitorio – si prevede (lett. m):

- l’adozione di contratti-tipo predisposti dall’Autorita’ nazionale anticorruzione, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici relativamente ai contratti-tipo di lavori e servizi di ingegneria e architettura, e all’esecuzione degli appalti;
- la digitalizzazione e l’informatizzazione delle procedure;
- la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell’operatore economico;
- il superamento dell’Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici;
- il rafforzamento della specializzazione professionale dei commissari all’interno di ciascuna amministrazione;
- la riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti;
- la riduzione dei tempi relativi al pagamento dei corrispettivi e degli acconti dovuti in favore degli operatori economici, in relazione all’adozione dello stato di avanzamento dei lavori e allo stato di svolgimento delle forniture e dei servizi;

Si nota come il legislatore abbia ritenuto necessario fornire un ulteriore impulso teso a garantire la piena operatività della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell’operatore economico, ancora non attivi, nonostante le norme introdotte dal DL Semplificazioni-bis. Per il resto buona parte degli strumenti previsti dalla nuova legge delega sono gli stessi della precedente L.11/2016.



STUDIO LEGALE ASSOCIATO

Cause di esclusione dalla gara

Di rilievo è il criterio (lett. n) teso alla razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE.

Si tratta di una scelta da salutare con favore, anche in ragione dell'enorme contenzioso generato dalle esclusioni per gravi illeciti professionali, non adeguatamente tipizzati nell'art. 80, comma 5, lett. da c a c-quater del Codice, e neppure nelle linee guida ANAC n.6 ancora da aggiornare dopo la novella del DL 135/2019).

Polizze assicurative

Innovativo si presenta il criterio di delega concernente l'obbligo di sottoscrizione di apposite polizze assicurative di copertura dei rischi di natura professionale, con oneri a carico delle amministrazioni, nel caso di affidamento degli incarichi di progettazione a **personale interno alle amministrazioni stesse**.

Qualificazione imprese

Il nuovo Codice dovrà operare la revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori, valorizzando criteri di verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, dell'adeguatezza dell'attrezzatura tecnica e dell'organico, delle attività effettivamente eseguite e del rispetto della legalità, delle disposizioni relative alla prevenzione antimafia, alla tutela del lavoro e alla prevenzione e al contrasto della discriminazione di genere, anche attraverso l'utilizzo di banche dati a livello centrale che riducano le incertezze in sede di qualificazione degli operatori nelle singole procedure di gara e considerando la specificità del settore dei beni culturali (lett. s).

Valutazione offerte

Il nuovo Codice dovrà individuare le ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte e tipizzare dei casi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere, ai fini dell'aggiudicazione, al solo criterio del prezzo o del costo, con possibilità di escludere, per i contratti che non abbiano carattere transfrontaliero, le offerte anomale determinate sulla base di meccanismi e metodi matematici.

Varianti

La delega chiede al Governo la *“ridefinizione della disciplina delle varianti in corso d’opera, nei limiti previsti dall’ordinamento europeo, in relazione alla possibilità di modifica dei contratti durante la fase dell’esecuzione”*.

E’ lecito, ed auspicabile, attendersi una rimodulazione in senso estensivo della disciplina delle modifiche di cui all’art. 106 del Codice, soprattutto ai fini di una più efficiente gestione della sopravvenienze e delle criticità indotte prima dalla pandemia ed ora ulteriormente aggravate dal conflitto russo-ucraino.

Procedure flessibili e partenariato pubblico-privato

Altro criterio innovativo è *“forte incentivo”* al ricorso a procedure flessibili, quali il dialogo competitivo, il partenariato per l’innovazione, le procedure per l’affidamento di accordi quadro e le procedure competitive con negoziazione, per la stipula di contratti pubblici complessi e di lunga durata, garantendo il rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenzialità (lett. z).

Oltre alle norme del nuovo Codice saranno comunque opportuni strumenti operativi e linee guida (da parte di ANAC o ITACA), al fine di consentire una piena spinta incentivante verso procedure complesse e impegnative nella gestione amministrativa, ma ampiamente diffuse ed efficaci in altri stati membri della UE.



STUDIO LEGALE ASSOCIATO

La razionalizzazione del partenariato pubblico-privato era un obiettivo già fissato dalla legge delega del 2016, che ora viene implementato dalla “semplificazione”, “anche mediante la previsione di contratti-tipo e di bandi-tipo, ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo alle concessioni di servizi, alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive per gli investitori professionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell’erogazione dei servizi resi in concessione, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti”.

Garanzie

La revisione del sistema delle garanzie fideiussorie per la partecipazione e l’esecuzione dei contratti pubblici, dovrà prevedere:

una disciplina omogenea per i settori ordinari e per i settori speciali in relazione alle garanzie dell’esecuzione dei contratti, la possibilità di sostituire le stesse mediante l’effettuazione di una ritenuta di garanzia proporzionata all’importo del contratto in occasione del pagamento di ciascuno stato di avanzamento dei lavori;

Appalto integrato

La legge delega incarica il legislatore delegato di individuare le ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere all’affidamento congiunto della progettazione e dell’esecuzione dei lavori, fermi restando il possesso della necessaria qualificazione per la redazione dei progetti nonché l’obbligo di indicare nei documenti di gara o negli inviti le modalità per la corresponsione diretta al progettista, da parte delle medesime stazioni appaltanti, della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione indicati espressamente in sede di offerta dall’operatore economico, al netto del ribasso d’asta (lett. ee).

Concessioni



STUDIO LEGALE ASSOCIATO

La legge delega introduce il principio del divieto di proroga dei contratti di concessione, fatti salvi i principi europei in materia di affidamento in house.

Viene inoltre fissato il criterio che condurrà ad una stringente disciplina sul controllo degli investimenti dei concessionari e sullo stato delle opere realizzate, fermi restando gli obblighi dei concessionari sulla corretta e puntuale esecuzione dei contratti, prevedendo sanzioni proporzionate all'entità dell'inadempimento, ivi compresa la decadenza in caso di inadempimento grave (lett. ff).

Fase di esecuzione

Relativamente alla fase di esecuzione degli appalti, oltre alla revisione delle varianti già illustrata, la delega prevede:

- a) l'introduzione di meccanismi sanzionatori e premiali finalizzati a incentivare la tempestiva esecuzione dei contratti pubblici da parte dell'aggiudicatario;
- b) la semplificazione e accelerazione delle procedure di pagamento da parte delle stazioni appaltanti del corrispettivo contrattuale, anche riducendo gli oneri amministrativi a carico delle imprese;
- c) l'estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto.

Contatti:

Francesca Aliverti - Avvocato

Via G. Donizetti 2

20122 Milano

02.5455732

f.aliverti@arcllex.it
