



AGCI
ASSOCIAZIONE
GENERALE
COOPERATIVE
ITALIANE



CONFCOOPERATIVE
CONFEDERAZIONE COOPERATIVE ITALIANE

LEGACOOP

**Audizione informale di Alleanza delle Cooperative Italiane
nell'ambito della discussione congiunta delle risoluzioni
7-00220 Mazzetti, 7-00229 Manes e 7-00234 Santillo, 7-00247 Milani
recanti iniziative normative volte ad apportare modifiche al
Codice dei contratti pubblici,
concernenti lo svolgimento delle procedure di affidamento,
la revisione dei prezzi e l'esecuzione degli appalti**

**Camera dei Deputati
VIII Commissione Ambiente, Territorio e Lavori pubblici**

6 agosto 2024

ALLEANZA DELLE COOPERATIVE ITALIANE

**è il coordinamento nazionale costituito dalle Associazioni più rappresentative della cooperazione italiana
(AGCI, CONFCOOPERATIVE, LEGACOOP)**

L'associazione rappresenta il **90% della cooperazione italiana** la quale, nel suo complesso, incide per l'**8% sul PIL**

Le imprese di Alleanza associano ben **12 milioni di soci**, occupano **1.150.000 persone** e producono **150 miliardi di fatturato**

L'Alleanza ha sede in Roma, presso il Palazzo della Cooperazione, Via Torino n. 146

<http://www.alleanzacooperative.it>

<https://www.agci.it>

<http://www.confcooperative.it>

Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) ha portato diverse innovazioni di grande rilevanza. La codificazione dei principi, a partire dal principio del risultato e della fiducia, così come del principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale, possono avere l'effetto di modificare nettamente l'approccio alle procedure di evidenza pubblica, in modo più orientato all'effettivo valore creato per gli utenti finali e meno focalizzato su una procedura fine a sé stessa.

Al contempo, il processo di qualificazione delle stazioni appaltanti – se inteso come una qualificazione effettiva, e non soltanto sulla carta – è un processo che senz'altro può contribuire a innalzare il livello qualitativo del mercato.

Tuttavia, a un anno dall'acquisto di efficacia delle norme del nuovo codice, è possibile tracciare un primo bilancio ed evidenziare alcune migliorie che, se apportate nell'ambito di un decreto correttivo al codice, possono avere la capacità di risolvere talune problematiche applicative e perfezionare l'impianto complessivo del codice.

1. Revisione prezzi

È senz'altro positiva la reintroduzione di un obbligo generalizzato per le stazioni appaltanti di inserimento di clausole di revisione prezzi negli atti di gara.

Al contempo, riteniamo positivo il percorso intrapreso nell'ambito del tavolo tecnico istituito dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, volto all'elaborazione di nuovi indici ISTAT per gli appalti di lavori (sulla scorta del modello francese) e all'individuazione degli indici più appropriati, nell'ambito di quelli esistenti, per gli appalti di servizi e forniture.

Tuttavia, al netto dell'esito dei lavori del tavolo tecnico di cui sopra, riteniamo urgenti alcuni correttivi che possano garantire la concreta attuazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale di cui all'articolo 9 del codice:

- le soglie di variazione dei prezzi individuate per l'attivazione delle clausole (5%) e la misura del riconoscimento (80% della variazione) rischiano di svuotare di significato le clausole di revisione prezzi stesse, soprattutto nei settori a più bassa marginalità e, quindi, più esposti agli effetti negativi delle oscillazioni dei prezzi. Riteniamo, pertanto, necessario l'eliminazione – o in ogni caso il netto abbassamento – della soglia per l'attivazione delle clausole di revisione prezzi e l'innalzamento della misura del riconoscimento della variazione;
- benché si ritenga che la lettera della disposizione sia chiara ed inequivoca, la norma è stata oggetto di non condivisibili prese di posizione che ne hanno messo in dubbio la portata (v. ad es. *Nota ANCI 22 aprile 2024 "Prima nota sul Rinnovo CCNL cooperative sociali"*). Fermo restando la richiesta di cui al punto precedente, riteniamo, quindi, che vada in ogni caso chiarito che il già citato 5% indicato dalla norma non costituisce un'alea ma una soglia di attivazione: vale a dire che se l'aumento dell'importo supera il 5 per cento si applica la revisione prezzi su tutto l'importo e non detraendo il 5 per cento (diversamente opinando vi sarebbero due alee, quella del 5 per cento e quella dell'80 per cento), impedendo, di fatto, l'attuazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale;
- nonostante l'espressa previsione in tal senso della legge delega, non è stato previsto quale causa di attivazione delle clausole di revisione prezzi l'incremento del costo del lavoro a seguito del rinnovo dei CCNL applicati dall'appaltatore (evento estremamente impattante sull'equilibrio del contratto, soprattutto nel caso di contratti *labour intensive*). Riteniamo, quindi, che tale principio, con particolare riferimento ai contratti ad alta intensità di manodopera nonché ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, vada previsto espressamente nel testo dell'art. 60 del codice, attuando pienamente la delega a suo tempo attribuita dal Parlamento.

2. Il principio di applicazione dei CCNL di settore e le clausole sociali

L'art. 11 del nuovo codice è senz'altro innovativo, nella parte in cui prevede che la stazione appaltante indichi negli atti di gara il CCNL che l'aggiudicatario dovrà applicare al personale impiegato nell'appalto, con possibilità per il concorrente di dichiarare l'applicazione di un CCNL diverso, purché assicurati al personale le medesime tutele.

Se il principio appare condivisibile nell'intento (innalzare le tutele e limitare le forme di *dumping contrattuale*), segnaliamo che nell'applicazione pratica sono sorte numerose problematiche.

Le difficoltà maggiori sono relative agli appalti che prevedono una molteplicità di prestazioni: spesso accade che venga indicato un solo CCNL applicabile, per la totalità delle prestazioni. Ciò comporta forti difficoltà soprattutto nelle ipotesi di partecipazione di raggruppamenti formati da più operatori specializzati nelle diverse prestazioni che, del tutto legittimamente, applicherebbero ciascuno il CCNL più pertinente per la prestazione di propria competenza.

L'attuale formulazione della norma (soprattutto laddove richiede l'equivalenza delle tutele normative, molto difficile da dimostrare se intesa nell'accezione piuttosto restrittiva di cui alla Relazione Illustrativa al Bando Tipo ANAC n. 1/2023) crea notevoli problemi applicativi e potenzialmente apre la porta a un forte contenzioso. Appare, pertanto, necessario prevedere che in presenza di una pluralità di prestazioni, per ciascuna venga indicato, negli atti di gara, uno specifico CCNL di riferimento.

Inoltre, occorre prevedere un meccanismo che assicuri, pur nel rispetto del generale principio perseguito dal legislatore, una maggiore discrezionalità nella valutazione dell'equivalenza delle tutele, senza i rigidi automatismi delineati nella Relazione Illustrativa al Bando Tipo n. 1/2023.

In particolare, è necessario prevedere che la valutazione sia svolta in senso globale e complessivo, tenendo conto anche del fatto che, a fronte di previsioni peggiorative sotto taluni aspetti, un CCNL può contenere altre previsioni che, invece, sono migliorative (eventualità oggi non contemplata). Ciò anche in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa più recente, secondo cui l'equivalenza tra contratti collettivi non implica necessariamente una retribuzione identica, ma richiede una valutazione complessiva delle tutele normative ed economiche offerte ai lavoratori.

La giurisprudenza ha già chiarito che l'equivalenza non richiede una perfetta coincidenza tra i CCNL, ma un livello di protezione complessivamente simile per i lavoratori. L'applicazione del CCNL corretto mira a tutelare i lavoratori e ad assicurare l'esecuzione delle prestazioni con personale qualificato. La stazione appaltante deve indicare il CCNL più pertinente, privilegiando quello adeguato al settore specifico dell'appalto, evitando tuttavia di imporre un CCNL specifico. Se l'operatore applica un CCNL diverso da quello eletto dalla stazione appaltante, esibendo la relativa dichiarazione di equivalenza, si dovrà verificare che le differenze rilevate nell'analisi comparativa non siano tali da incidere negativamente sul livello complessivo di tutela economica dei lavoratori, tenendosi conto del principio di "compensazione tra istituti", come richiede la giurisprudenza, nonché delle peculiarità del settore e della natura dei soggetti.

Infatti, stante la complessità di tale valutazione comparativa – che può complicare, rallentare e rendere incerta la procedura – è quanto mai opportuno garantire l'agibilità della dichiarazione di equivalenza e l'oggettività della sua valutazione circoscrivendola alla valutazione dell'equivalenza economica complessiva. La limitazione alla *equivalenza economica* consente di non scaricare sulle imprese e sulle stazioni appaltanti le incertezze di un istituto foriero di gravi responsabilità. Inoltre, si evita di frapporre un ostacolo al buon andamento dell'amministrazione, peraltro in un momento di forte pressione sulle stazioni appaltanti dovuto all'esigenza di perseguimento degli obiettivi del PNRR. Il tutto, senza pregiudicare le tutele dei lavoratori, anche in considerazione del fatto che gli istituti normativi nei diversi CCNL siglati dalle stesse OO.SS. più rappresentative (anche se da diversi parti datoriali comparativamente più rappresentativi, nelle diverse tipologie d'impresa ossia cooperative, artigiani, PMI, ecc.) sono omologhi (come già chiarito da ANAC nella

Relazione Illustrativa al Bando Tipo n. 1/2023).

Ragion per cui si propone di precisare l'oggetto dell'equivalenza delle tutele, ancorandolo al dato più importante e oggettivamente determinabile del CCNL, vale a dire alle "tutele economiche complessive", intendendo con ciò intendendo con ciò tutti gli istituti relativi alla *valutazione dell'equivalenza economica* (componenti fisse della retribuzione globale annua).

Allo stesso modo, risulta che stia creando diversi problemi applicativi l'art. 102 del codice: se gli impegni ivi previsti sono senz'altro condivisibili, la relazione richiesta al comma 2 è interpretata in modi differenti dalle diverse stazioni appaltanti e in molti casi non è chiaro cosa debba concretamente essere dichiarato in relazione ai diversi impegni. Peraltro, diversi impegni (ad esempio quella relativa alla "stabilità occupazionale") risultano di difficile applicazione ai contratti di lavori, ma vengono tuttavia ugualmente richiesti ai concorrenti da molte amministrazioni. Crediamo che sul punto sia necessario un affinamento della norma, che eviti tali problematiche.

3. Offerta economicamente più vantaggiosa

Il nuovo Codice ricalca, nella disciplina sui criteri di aggiudicazione, l'impostazione già tenuta dal d.lgs. n. 50/2016, con una preferenza, in linea di massima, per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in modo del tutto condivisibile. Infatti, tale criterio è l'unico che assicura un confronto concorrenziale maggiormente incentrato sui profili qualitativi dell'offerta.

Tale criterio, infatti, è quello che maggiormente riesce a coniugare le esigenze dell'amministrazione (e, quindi, della collettività) di ricevere una prestazione di alto livello qualitativo al giusto prezzo e contemporaneamente valorizza le imprese che investono in innovazione e qualità, garantendo le migliori condizioni di lavoro per il personale.

Tuttavia, si evidenzia con preoccupazione che la previsione, presente nel d.lgs. n. 50/2016, che fissa una soglia massima del 30% per la componente di punteggio attribuibile all'offerta economica è stata riproposta, all'art. 108, comma 4, con riferimento ai soli contratti ad alta intensità di manodopera.

Riteniamo che l'esigenza di evitare un surrettizio ritorno al massimo ribasso, perseguita tramite questa norma, sia comune a tutti i settori, senza distinzioni, per cui riteniamo necessario un intervento correttivo in tal senso. Al contempo, riteniamo che la soglia del 30% vada ulteriormente abbassata (almeno al 20%, valore già utilizzato frequentemente dalle Amministrazioni più virtuose).

Infine, manca ancora una previsione che vieti o disincentivi il ricorso alle formule lineari per l'attribuzione del punteggio all'offerta economica: le formule lineari, che accentuano il divario di punteggio a fronte di ribassi di poco distanti tra loro, spingono alla formulazione di ribassi economici elevati e trasformano, di fatto, la gara in una gara al massimo ribasso, in cui la valutazione delle proposte tecniche e qualitative passa del tutto in secondo piano rispetto al fattore prezzo.

Infine, l'esigenza di tutela dei beni culturali, che richiedono interventi in cui l'aspetto qualitativo è predominante, ci fanno ritenere che vadano introdotti, tra i contratti che sono aggiudicati esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa i contratti relativi a lavorazioni specialistiche su beni culturali.

4. Consorzi

4.1 Servizi eseguiti da un consorzio di cooperative

Per i contratti di lavori, la disciplina sulla qualificazione ha, da sempre, contemplato un meccanismo che, nel caso di lavori eseguiti da un consorzio di cooperative, da un consorzio di imprese artigiane o da un consorzio stabile, prevede che l'importo dei lavori appaltati è attribuito, sulla base di una delibera consortile, al consorzio stesso ed eventualmente al consorziato esecutore secondo la disciplina prevista per le imprese affidatarie che abbiano affidato in subappalto lavori.

Nello specifico, nell'attuale codice, tale meccanismo è previsto all'articolo 24, comma 8, dell'Allegato II.12. Tale meccanismo – è evidente – è funzionale a far maturare anche alle imprese consorziate esecutrici una quota di lavori eseguiti da utilizzare per la propria qualificazione SOA, che sarà poi utilizzabile per partecipare a gare future. Si tratta di un meccanismo che, quindi, risponde allo scopo dei consorzi, che sono strumenti di aggregazione tra imprese (soprattutto piccole e medie imprese) e, per loro natura, dovrebbero risultare funzionali alla crescita dimensionale delle imprese consorziate.

Il meccanismo sopra descritto – pur in assenza di una norma espressa – è stato sempre utilizzato anche per l'attribuzione (in tutto o in parte) dei servizi eseguiti dalle consorziate esecutrici, apparendo espressione di un principio generale e non sembrando possibile una diversità di trattamento sulla base della natura della prestazione (appalto di lavori o appalto di servizi).

Se ciò è stato, quindi, sempre ritenuto pacifico, di recente si sono registrate pronunce giurisprudenziali che, sulla base del mero dato formale (per cui, nel caso di contratto di servizi aggiudicato a un consorzio di cooperative, il contraente è, per l'appunto, il consorzio) hanno ritenuto che i servizi eseguiti come consorziate esecutrice di un consorzio di cooperative non possano essere utilizzati, in un secondo momento, quale requisiti nella disponibilità della consorziate esecutrice stessa.

Tale orientamento, che si ritiene non condivisibile per le motivazioni di cui sopra, seppur isolato e legato a situazioni molto specifiche, potrebbe ingenerare dubbi applicativi futuri. Per la massima chiarezza normativa, e per evitare contenziosi dall'esito incerto, si ritiene, quindi, necessaria una integrazione del testo normativo che preveda espressamente che anche nel caso di servizi (e quindi non soltanto di lavori) eseguiti da un consorzio, si applichi, in quanto compatibile, la disciplina già prevista dal citato articolo 24, comma 8, dell'Allegato II.12.

All'art. 100, comma 11, aggiungere, infine, il seguente periodo: *“L'importo dei servizi appaltati al consorzio di cooperative è attribuito, sulla base di una delibera del consorzio stesso, al consorzio ed eventualmente al consorziato esecutore secondo le modalità previste all'articolo 23, comma 1, lett. b), dell'Allegato II.12, in quanto compatibili. Nell'ambito della comprova dei requisiti, la stazione appaltante acquisisce copia della deliberazione consortile in cui sia precisato se il relativo importo sia da attribuire completamente al consorzio ovvero al consorzio e al consorziato nelle misure di cui al periodo precedente”.*

4.2 Requisiti dei consorzi di cooperative

L'art. 67, comma 5, del codice, prevede che *“I consorzi di cooperative e i consorzi tra imprese artigiane possono partecipare alla procedura di gara, fermo restando il disposto degli articoli 94 e 95, utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono”.* La prassi prevalente e il Bando Tipo ANAC n. 1/2023 hanno ormai chiarito che, qualora siano richiesti dalla disciplina di gara taluni requisiti di idoneità professionale che, per loro natura, siano strettamente connessi alla fase di esecuzione (ad esempio, certificazione ECOLABEL UE per servizi di pulizia di ambienti interni, ai sensi della Decisione UE 2018/680 della Commissione europea del 02.05.2018; valutazione di conformità del sistema di rintracciabilità alla norma UNI EN ISO 22005:2008) questi possano essere posseduti sia dal consorzio di cooperative o tra imprese artigiane sia dalla consorziate esecutrice.

Altrimenti opinando, ai consorzi in taluni casi sarebbe addirittura impedita la partecipazione, per la natura stessa dei requisiti. Il che sarebbe ulteriormente illogico se si considera che la consorziate che concretamente andrebbe a eseguire la prestazione, invece, sarebbe in possesso del requisito richiesto, sulla base dell'esperienza maturata. I consorzi di cooperative, si ribadisce, sono strutture di “secondo grado” che di norma non eseguono materialmente le prestazioni acquisite a seguito delle procedure di evidenza pubblica ma le

eseguono, in attuazione del loro scopo mutualistico, per mezzo delle cooperative socie.

Posto che sul punto, a tutt'oggi, si assiste ad applicazioni disomogenee da parte delle stazioni appaltanti, si ritiene che potrebbe essere necessario un chiarimento (con integrazione del dettato normativo, o tramite un atto interpretativo del MIT).

4.3 “ConSORZI non necessari”

L'art. 67 è rubricato “*consorzi non necessari*”. Sin da subito non è stato chiaro il significato di tale dicitura, anche se si pensa che i consorzi di società cooperative hanno la funzione e lo scopo mutualistico di promuovere la crescita e lo sviluppo delle numerose imprese socie operanti nel settore dei lavori e dei servizi pubblici, rafforzano la loro capacità di competere sul mercato mettendo a loro disposizione gli importanti requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi maturati dal Consorzio che assume il ruolo di strumento di garanzia, anche nei confronti del Committente, favorendo il principio di una più ampia partecipazione delle piccole medio imprese alle iniziative di affidamento dei contratti pubblici. Analoga funzione è riconosciuta anche ai consorzi tra imprese artigiane e, in maniera differente, ai consorzi stabili.

Pertanto, la dicitura “*non necessari*” appare infelice: se è stata pensata per differenziare i consorzi disciplinati dall'art. 67 dai consorzi ordinari, sarebbe stata preferibile la formulazione “*consorzi non ordinari*”. Altrimenti, si propone di sostituire la rubrica dell'art. 67 con “*Requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare*” (riprendendo la rubrica dell'articolo 47 del d.lgs. n. 50/2016, di analogo contenuto), oppure con “*ConSORZI fra società cooperative, consorzi tra imprese artigiane, consorzi stabili*”).

4.4 Indicazione della consorziata esecutrice

Rispetto al codice precedente, l'art. 67 prevede, al comma 4, soltanto per i consorzi stabili l'indicazione in sede di gara della consorziata per la quale il consorzio concorre.

Seppur sia scontato che anche i consorzi di cooperative e i consorzi tra imprese artigiane concorrano di norma per conto delle proprie consorziate, che eseguiranno le prestazioni, manca un'analogha previsione di indicazione in sede di gara della consorziata esecutrice per tali soggetti.

Se la mancanza di tale previsione venisse interpretata nel senso di consentire che il consorzio possa concorrere senza indicare in sede di gara la consorziata esecutrice, ciò renderebbe impossibile sia la verifica dei requisiti di ordine generale della consorziata sia la verifica sul rispetto del divieto di contemporanea partecipazione alla gara da parte del consorzio e della consorziata esecutrice.

ANAC, con il Bando Tipo n. 1/2023 ha confermato che, pur in assenza di espressa previsione normativa, anche i consorzi di cooperative e i consorzi tra imprese artigiane debbano indicare in sede di gara la consorziata esecutrice.

In sede di correttivo al codice, si ritiene opportuno specificare tale obbligo, al fine della massima chiarezza.

Ugualmente, andrebbe chiarito normativamente – dopo che la giurisprudenza si è consolidata in tal senso e dopo che è già stato chiarito dal Bando Tipo n. 1/2023 – che, nel caso in cui la consorziata designata sia a sua volta un consorzio di cooperative o un consorzio artigiano, questo sia a sua volta tenuto a indicare per quale consorziata concorre (c.d. “designazione a cascata”).

- All'art. 67, comma 4, terzo periodo, sostituire le parole “*lettera d)*” con le seguenti: “*lettere b), c) e d)*”.
- All'art. 67, comma 4, dopo il terzo periodo, inserire il seguente: “*Qualora il consorzio designato sia, a sua volta, un consorzio di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b) e c), è tenuto anch'esso a indicare, in sede di offerta, i consorziati per i quali concorre.*”

4.5 Sostituzione della consorziata esecutrice

Il nuovo codice non ha riproposto la disciplina che prevedeva per i consorzi di cooperative la possibilità di sostituire la consorziata esecutrice, né ha menzionato, all'art. 97, comma 3, tali consorzi tra i soggetti cui si applica la procedura di estromissione o sostituzione dei soggetti del raggruppamento colpiti da una causa di esclusione.

In realtà, la Relazione allo Schema del nuovo codice, quale illustrazione dell'art. 97, aveva chiarito che *“Il consorzio di cooperative costituisce una persona giuridica (art. 4 della legge n. 422 del 1909), è l'unica controparte del rapporto di appalto, sia nella fase di gara che in quella di esecuzione del contratto...(Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6024)...La giurisprudenza ha altresì affermato che proprio tale autonoma soggettività giustifica anche la possibilità di designare una nuova cooperativa come esecutrice, ove per motivi sopravvenuti la prima designata non fosse in condizione di svolgere la prestazione”*. Il tutto in un quadro che si prefissava di mantenere il regime ormai consolidato in tema di consorzi di cooperative.

Come noto, la designazione di un'impresa esecutrice è un atto meramente interno al consorzio che non vale ad instaurare un rapporto contrattuale tra consorziata e stazione appaltante ma piuttosto determina unicamente una distribuzione interna di responsabilità. Il rapporto che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, è tale che nei confronti del Committente l'attività compiuta dalle consorziate è imputata unicamente al consorzio (ex multis Consiglio di Stato n. 3505/2017: *“nei consorzi di cooperative...la sostituzione della consorziata esecutrice è sempre possibile, stante il rapporto organico tra consorziata e consorzio”*; Consiglio di Stato Adunanza Plenaria n. 14/2013, n. 6024/2019, TAR Lazio n. 13441/2023).

Tuttavia, stante l'assenza di una norma espressa, diverse stazioni appaltanti hanno messo in dubbio la persistente possibilità per i consorzi di cooperative di sostituzione della consorziata esecutrice.

Per fugare i dubbi interpretativi riscontrati e prevenire eventuali contenziosi, si propone, dunque, di ripristinare un'espressa previsione in tal senso.

All'art. 67, dopo il comma 5, aggiungere il seguente: *“5-bis. È consentito, per esigenze organizzative, ai consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera b), designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata.”*

4.6 Subappalti della consorziata

Sebbene non si dubiti del diritto della cooperativa assegnataria di eseguire le prestazioni oggetto del contratto d'appalto, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice alcuni committenti hanno sollevato perplessità sul fatto che la consorziata designata quale esecutrice sia legittimata ad affidare i contratti di subappalto occorrenti all'esecuzione delle prestazioni. Le posizioni espresse sono state motivate sulla base dell'assunto che l'unico soggetto legittimato a stipulare i contratti di subappalto sia il consorzio, stante la definizione di subappalto contenuta nel 2° comma dell'art. 119, ai sensi del quale l'*“appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto”*.

Si propone quindi di introdurre una precisazione nel 4° comma dell'art. 119, onde prevenire interpretazioni distorte, che appaiono basate su una lettura formalistica della definizione di “subappalto”, non coerenti con il sistema, ed anzi in contrasto con norme di legge inderogabili.

In proposito si osserva che nel corpo dell'art. 119 vengono utilizzate anche espressioni diverse da “appaltatore”, quali “affidatario” (che ricorre 11 volte) e “contraente principale”.

In particolare, il 6° comma dell'art. 119 prevede la responsabilità solidale verso la stazione appaltante del "contraente principale" e del subappaltatore, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto. Qui non viene utilizzata la definizione "appaltatore", contenuta nel 2° comma, all'evidente scopo di ricomprendere i casi in cui il sub-appaltante non coincide con l'appaltatore principale, come avviene, ad es., nel caso del socio costruttore della concessionaria, che affida i contratti di subappalto necessari per realizzare l'opera; nel caso della società consortile ex art. 31, All. II.12, la quale subentra nell'esecuzione del contratto d'appalto, ed affida i subcontratti allo scopo necessari; e come, appunto, nel caso delle consorziate designate dal consorzio quali esecutrici.

Inoltre, il T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008 e ss.mm.ii.) contempla espressamente il caso che qui occupa. L'art. 89, comma 1, lett. i), dopo aver definito "affidataria" (espressione che rimanda all'"affidatario" di cui all'art. 119) l'"impresa titolare del contratto di appalto con il committente che, nell'esecuzione dell'opera appaltata, può avvalersi di imprese subappaltatrici", precisa che "nel caso in cui titolare del contratto di appalto sia un consorzio tra imprese che svolga la funzione di promuovere la partecipazione delle imprese aderenti agli appalti pubblici o privati, anche privo di personale deputato alla esecuzione dei lavori, l'impresa affidataria è l'impresa consorziata assegnataria dei lavori oggetto del contratto di appalto individuata dal consorzio nell'atto di assegnazione dei lavori comunicato al committente". La scelta operata dal legislatore con tale norma certamente si impone all'interprete, considerato il valore sovraordinato dei beni tutelati dalla disciplina in materia di sicurezza e la sua conseguente inderogabilità.

A riguardo, infatti, non può non rilevarsi che il normale modo di operare dei consorzi di cooperative ex art. 65, co. 2, lett. b), è di non eseguire direttamente l'appalto, ma, nel perseguimento del primario scopo mutualistico di promuovere lo sviluppo e la crescita sostenibile delle proprie imprese, di affidarlo ad una o più consorziate/e esecutrice/i, all'uopo designata/e già in fase di partecipazione alla gara; tali imprese consorziate esecutrici assumono, nella fase esecutiva, il ruolo di affidatarie dell'appalto, anche ai sensi del predetto art. 89, comma 1, lett. i).

Operando quali articolazioni organiche del Consorzio Appaltatore, che mantiene in ruolo di garante del buon esito della prestazione, sono dunque le consorziate designate a possedere ed approntare l'organizzazione delle risorse, mezzi e attrezzature necessari ad eseguire i lavori, servizi e forniture oggetto del contratto.

Stante quanto sopra, ritenere che il consorzio debba firmare i subcontratti in luogo della consorziate esecutrice crea i presupposti di una intestazione fittizia di rapporti giuridici, di contratti e di operazioni contabili, ed in ogni caso determina una confusione dei ruoli, con il rischio di indebolire i meccanismi di responsabilizzazione dell'esecutore *de facto*, introdotti dal legislatore. Da tale rischio invece occorre rifuggire, soprattutto nella materia, purtroppo attualissima, della sicurezza e della tutela dei lavoratori, in cui è particolarmente avvertita l'esigenza della corrispondenza tra la posizione "formale" e quella "sostanziale" di chi esercita il ruolo di (sub)committente.

L'affidamento dei contratti di subappalto da parte della consorziate esecutrice, peraltro, non incide sulle garanzie del buon esito della prestazione assunte dal consorzio e su tutte le ulteriori obbligazioni discendenti, anche per legge, dalla stipula del contratto d'appalto né altera la sfera della titolarità e riferibilità giuridica del contratto di appalto in capo all'Appaltatore Consorzio.

Si propongono pertanto i seguenti emendamenti normativi.

All'art. 119, comma 4, dopo le parole "I soggetti affidatari dei contratti di cui al codice" inserire le seguenti: ", nonché i consorziati designati quali esecutori dai consorzi appaltatori,".
--

In aggiunta o alternativamente

All'art. 67, comma 4, dopo le parole *“L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b) e c), ai propri consorziati non costituisce subappalto”* inserire le seguenti: *“Ai consorziati designati per l'esecuzione è consentito subappaltare nei limiti previsti dall'art.119”*.

5. Collegio consultivo tecnico

Riteniamo che il CCT sia uno strumento molto utile per gestire diverse problematiche dei contratti in fase esecutiva. Se ben utilizzato può aiutare a velocizzare i tempi di esecuzione e a deflazionare il contenzioso. Tuttavia, esprimiamo preoccupazione con riguardo alla norma contenuta all'art. 1, comma 5, dell'Allegato V.2: questa ha l'effetto di aumentare notevolmente (potenzialmente fino al triplo) i compensi riconosciuti ai componenti del CCT rispetto a quanto originariamente previsto con il d.l. n. 76/2020. Un tale incremento dei costi rischia di rendere meno conveniente per le parti il concreto utilizzo del collegio (oltre a impattare negativamente sulla finanza pubblica).

A ciò si aggiunga la retroattività di tali norme, ai sensi dell'art. 224, comma 1, che prevede che *“Le disposizioni di cui agli articoli da 215 a 219 si applicano anche ai collegi già costituiti ed operanti alla data di entrata in vigore del codice”*. Ciò rischia di avere un impatto notevole sull'equilibrio di contratti che, nei quadri economici, prevedevano risorse per il CCT notevolmente inferiori rispetto a quelle che si rendono necessarie adesso.

Inoltre, pur essendo obbligatoria la costituzione del CCT anche per gli appalti di servizi di importo superiore a 1 milione di euro, manca una disciplina attuativa pensata per tali tipologie di contratti, rendendo difficoltosa l'applicazione della norma.

Infine, riteniamo che tale soglia sia eccessivamente bassa, posto che un appalto di servizi del valore di 1 milione di euro generalmente non presenta un livello di complessità tale da giustificare l'onere (soprattutto in termini di costi) connesso all'assistenza costante di un organo consultivo qualificato.

6. Cause di esclusione

Riteniamo che la nuova formulazione delle norme in materia di cause di esclusione (adesso contenuta negli articoli da 94 a 98 del codice) costituisca un notevole passo avanti rispetto alle corrispondenti norme del vecchio codice.

In particolare, la tipizzazione delle condotte che costituiscono grave illecito professionale (e, quindi, causa di esclusione non automatica) va nella direzione di una maggiore certezza del diritto e di una maggiore prevedibilità delle scelte che saranno adottate da parte delle amministrazioni.

Tuttavia, riteniamo che vadano apportati alcuni ulteriori affinamenti, nell'ottica di garantire il rispetto del principio costituzionale di presunzione di innocenza e di attuare nel modo più rispettoso possibile il criterio di delega che chiedeva di tipizzare le condotte costituenti grave illecito professionale.

Pertanto, per tutti i reati potenzialmente costituenti grave illecito professionale, la soglia di rilevanza andrebbe fissata in ugual modo a un provvedimento (se non definitivo, perlomeno) di primo grado.

All'art. 98, comma 5:

- Sopprimere la lettera g);
- Alla lettera h), sostituire le parole *“alla lettera h)”* con le seguenti: *“alle lettere g) ed h)”*.

Inoltre, l'aver previsto, all'art. 98, comma 3, lett. h), numero 5), la rilevanza di (tutti) *“i reati previsti dal decreto legislativo 8 luglio 2001, n. 231”*, rischia di espandere in modo eccessivo e del tutto irragionevole il catalogo delle condotte potenzialmente escludenti, se solo si pensa al fatto che tra i reati di cui alla l. n. 231/2001 ve ne

sono numerosi che nessuna informazione possono dare sull'affidabilità di un soggetto di eseguire puntualmente e in modo affidabile una commessa pubblica.

7. Avvalimento

L'art. 104 del codice prevede, per la prima volta, la possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento non soltanto per ottenere un requisito di partecipazione alla gara, ma anche per migliorare l'offerta (e, quindi, aspirare a ottenere un punteggio tecnico superiore).

Se è comprensibile l'utilizzo dell'avvalimento (istituto, peraltro, di diretta derivazione comunitaria) per un maggiore accesso al mercato, non riteniamo condivisibile che tale istituto possa essere utilizzato anche in via premiale, viste anche le difficoltà di verificare in sede di esecuzione il concreto rispetto di quanto oggetto del contratto di avvalimento.

Si propone, quindi, l'eliminazione del c.d. avvalimento premiale, lasciando che l'istituto operi esclusivamente per l'acquisto dei requisiti di partecipazione alla gara.

8. Divieto di prestazioni professionali gratuite

Se è apprezzabile il generale divieto per i professionisti di rendere prestazioni d'opera intellettuale gratuite recato dall'art. 8 del codice, riteniamo non condivisibile l'eccezione immediatamente prevista allo stesso articolo, che consente tali prestazioni gratuite *"in casi eccezionali e previa adeguata motivazione"*.

Una tale possibilità di deroga apre le porte a elusioni del generale principio (e della tutela del principio dell'equo compenso, pur previsto dalla norma), di difficile sindacabilità, a tutto danno dei professionisti che operano nel mercato di riferimento.

Si propone, pertanto, di eliminare la possibilità di ogni deroga al generale divieto previsto all'art. 8, comma 2.

9. Project financing e obblighi progettuali del promotore

L'art. 193, comma 1, prevede l'obbligo del promotore, conformemente al precedente codice, di presentare il *"progetto di fattibilità"* a corredo della proposta, e non contiene richiami alle norme in materia di livelli di progettazione dei lavori pubblici, oggi ridotti a due: il *"progetto di fattibilità tecnico-economica"* (PFTE) e il *"progetto esecutivo"* (art. 41 e All. I.7).

Ciò ha ingenerato alcune perplessità circa i contenuti del progetto di fattibilità a cui fa riferimento l'art. 193, comma 1, dato che tale riferimento è stato mutuato dalla previgente disciplina, che prevedeva anche il livello intermedio del progetto definitivo, alla cui soppressione corrisponde, ora, il maggior grado di approfondimento e di dettaglio richiesto dal nuovo Codice per il progetto di fattibilità tecnico-economica.

Non pare però corretto pretendere che il promotore presenti già in fase di presentazione della proposta un progetto di fattibilità completo di tutti gli elementi previsti per il PFTE dall'art. 41, comma 6, e dall'All. I.7, eccessivamente dettagliati e onerosi in tale fase, che potrebbe non avere alcun seguito, ove la proposta non risultasse di pubblico interesse.

Alcuni dati, indagini, studi e documenti ben possono essere integrati successivamente, ed in tale logica va letto il comma 2 dell'art. 193, il quale prevede che l'ente concedente possa chiedere al promotore di apportare modifiche al progetto di fattibilità, ai fini dell'approvazione della proposta. Anche sulla scorta dei principi di proporzionalità e di semplificazione, non pare corretto gravare inutilmente il promotore di attività ed oneri che potrebbero scoraggiarlo dall'assumere l'iniziativa.

D'altronde, sulla scorta della medesima *ratio* di semplificazione, incentivazione e proporzionalità, il nuovo Codice non prescrive il rilascio di una specifica garanzia, né il possesso dei requisiti in capo al promotore, all'atto della presentazione della proposta.

Resta comunque ferma la necessità che, qualora l'ente decida di proseguire nelle fasi successive, il PFTE

venga completato (e validato) prima dell'avvio della procedura di affidamento, come si ricava dall'art. 42, il quale, nel descrivere l'attività di verifica della progettazione, che ne accompagna le fasi di sviluppo, al comma 1 prescrive che, in caso di partenariato pubblico-privato, la verifica del PFTE venga completata prima dell'avvio della procedura di affidamento.

Si propongono quindi le seguenti modifiche all'art. 193, comma 2:

All'art. 193, comma 2:

- dopo le parole *“le modifiche necessarie per la sua approvazione”*, inserire le seguenti: *“, anche ai fini del rispetto di quanto previsto dall'art. 41”*.
- All'ultimo periodo, eliminare le parole *“una volta approvato, è”*, e dopo le parole *“Il progetto di fattibilità,”* aggiungere le seguenti: *“come modificato ai sensi del presente comma, e comunque completato a cura del promotore nel rispetto dell'art. 41, è approvato e”*.

10. Requisiti di partecipazione per gli affidamenti di servizi di ingegneria e architettura

Nel nuovo codice, per una probabile dimenticanza, non è stato riprodotto il regime delineato con le Linee Guida ANAC n. 1/2016. Essenzialmente, mentre finora gli operatori dei servizi di ingegneria e architettura dimostravano il possesso dei requisiti su un arco temporale decennale, adesso l'art. 100 tratta unitariamente tutti i servizi, con requisiti da dimostrare su un arco di tempo triennale.

Ciò rischia di incidere negativamente sulla concorrenza, escludendo potenzialmente dal mercato operatori economici che negli anni si sono strutturati sulla base del regime previgente.

Riteniamo, quindi, urgente, con riferimento ai servizi di ingegneria e architettura, il ripristino del periodo di dieci anni per la maturazione dei requisiti di capacità tecnico-professionale (c.d. servizi analoghi). Allo stesso tempo, i requisiti di capacità economico-finanziaria per i servizi di ingegneria e architettura andrebbero (di nuovo) dimostrati tramite il fatturato dei migliori tre degli ultimi cinque anni. Infine, alla luce della specificità dei servizi di cui trattasi, andrebbero, a nostro avviso, riproposte – ad esempio all'interno di un apposito Allegato al codice – le norme di dettaglio che regolamentavano le modalità di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura contenute nelle già citate Linee Guida n. 1/2016.

11. Anticipazione del prezzo per i servizi di ingegneria e architettura

Riteniamo incomprensibile l'esclusione dei servizi di ingegneria e architettura dalla generalità dei contratti per cui è prevista la possibilità di ottenere l'anticipazione del prezzo. Ciò a maggior ragione se si pensa che l'istituto dell'anticipazione, originariamente pensato per i soli contratti di lavori, era stato esteso a tutti i contratti (compresi quindi servizi e forniture) dal d.l. n. 32/2019 (c.d. “Decreto Sblocca Cantieri”). Sotto questo aspetto, quindi, il nuovo codice costituisce un inspiegabile passo indietro, considerando l'impatto di natura finanziaria sull'attività degli operatori del settore (particolarmente gravoso se si pensa, ad esempio, a prestazioni di lunga durata come direzione dei lavori o coordinamento della sicurezza in fase esecutiva). Si chiede, pertanto, di eliminare questa irragionevole esclusione, permettendo anche agli operatori dei servizi di ingegneria e architettura di accedere all'anticipazione.

12. Archeologia preventiva: modalità e garanzie

Al fine di rendere disponibili il quadro delle eventuali potenzialità archeologiche già dalle prime fasi di progettazione dell'opera, risulterebbe proficuo acquisire nella fase di elaborazione del Documento di Fattibilità

delle Alternative Progettuali (DOCFAP), i risultati derivanti dalla fase preliminare di archeologia preventiva come prevista all'art. 1, comma 2 dell'Allegato I.8 (indagini archeologiche preliminari con particolare attenzione ai dati di archivio e bibliografici reperibili), e come anche definite nelle Linee Guida di cui all'Allegato I al DPCM 14/02/2022. La sequenza proposta permetterebbe, anticipando i tempi per l'accesso ai dati di archivio per l'analisi delle potenzialità archeologiche del territorio, di avere una stima della migliore alternativa progettuale anche dal punto di vista archeologico e renderebbe immediatamente disponibili i dati per la valutazione del rischio archeologico già nelle primissime fasi del Progetto di Fattibilità Tecnico Economica (PFTE). In tal modo, nel corso della sua elaborazione potranno essere ben indirizzate e realizzate le ulteriori indagini su campo eventualmente richieste dalla Soprintendenza, con lo scopo di definire un'area il più possibile libera da interferenze archeologiche. Il livello di conoscenze acquisito nella fase del DOCFAP consentirebbe altresì una più adeguata previsione dei costi da inserire nel quadro economico dell'opera, come previsto all'Allegato I.7. Inoltre, considerata l'articolazione della procedura per l'acquisizione della Relazione di verifica preventiva dell'interesse archeologico, di cui all'art. 9 dell'Allegato I.7, che richiama quanto indicato al DPCM 14 febbraio 2022, si ritiene auspicabile prevedere, all'art. 1, comma 6 dell'Allegato I.8 un ampliamento dei tempi previsti per la redazione della suddetta procedura da 90 a 120 giorni, con tempistica comunque congruente ai tempi complessivi previsti per la redazione del Progetto di Fattibilità Tecnico Economica di cui alla Sezione II dell'Allegato I.7.

Infine, riteniamo che, per tali prestazioni, vadano ricalibrate le aliquote di garanzia fideiussoria, parametrando ai reali rischi di mancata esecuzione o danneggiamento del bene in questione. Se garanzie devono essere richieste vanno commisurate alla specificità dell'attività archeologica in particolare anche in relazione alla loro durata che deve concludersi con l'ottenimento del nulla osta da parte dell'Ente di tutela, risultando assolutamente fuori da ogni logica farle rimanere attive oltre tale termine visto che non hanno più modo di impattare con l'esecuzione dell'opera.