



PROFESSIONI



Nuovo Codice dei Contratti: qualche luce, molte ombre

Analizzando le differenze non banali, con introduzioni e/o esclusioni di interi periodi, determinanti implicazioni anche di notevole importanza, sovente lesive per le categorie tecniche

DI SANDRO CATTÀ* E
MICHELE LAPENNA**

La Legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", pubblicata nella G.U. n. 146 del 24 giugno 2022 ha affidato al Governo il compito di adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, un decreto legislativo disciplinante i contratti pubblici. Le finalità prioritarie assegnate possono essere sintetizzate nell'adeguamento al

diritto europeo nonché ai principi espressi dalla giurisprudenza e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente anche al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate.

Alla luce di quanto poi esitato dal Governo, oltre alle generiche finalità richiamate, risulta significativo riportare due dei criteri direttivi della Legge delega che, come vedremo, appaiono gravemente disattesi, segnatamente:

"1) previsione del divieto di prestazione gratuita delle attività professionali, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione; ee) individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori...".

Come si evince dalla relazione di accompagnamento del Codice, in data 30 giugno 2022 il Presidente del Consiglio dei Ministri ha affidato la compilazione dello schema del codice dei contratti

pubblici al Consiglio di Stato, secondo le previsioni del comma 4 dell'art. 1 della legge n. 78/2022, trattandosi peraltro di un importante obiettivo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Il successivo 4 luglio il Presidente Frattini ha istituito una Commissione speciale, dallo stesso presieduta e col supporto di un board. Il 20 ottobre, nel rispetto del termine assegnato dal Governo, è stato trasmesso lo "Schema preliminare di codice dei contratti", conseguente a oltre 170

riunioni della Commissione. A seguito di espressa richiesta del Presidente del Consiglio dei Ministri, formulata il 14 novembre, la Commissione ha proseguito la propria attività, in composizione ristretta, per affinare tecnicamente il testo e predisporre gli allegati che consentiranno l'autosecutorietà del nuovo codice. Giova qui specificare che vi sono 36 allegati, sostitutivi di ogni altra fonte attuativa: 17 linee guida ANAC, 25 allegati del vigente codice e 15 regolamenti ancora vigenti, tra cui il d.P.R. n. 207 del 2010.

Finalmente il 7 dicembre 2022 lo schema del nuovo codice appalti viene trasmesso al Governo, per essere approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il successivo 16 dicembre. Infine, il testo approvato viene trasmesso in data 5 gennaio 2023 alla Presidenza della Camera dei Deputati, per intraprendere l'iter parlamentare.

L'analisi comparativa dei testi del 7 e del 16 dicembre, nonché di quello del 5 gennaio, consentono di evidenziare differenze non banali, con introduzioni e/o esclusioni di interi periodi, determinanti implicazioni anche di notevole importanza, sovente lesive per le categorie tecniche, oltre alle consuete revisioni e correzioni.

SOLUZIONI PENALIZZANTI

Questa lunga premessa sull'iter del Codice è di grande importanza per comprenderne i contenuti, che risultano pressoché ineccepibili dal punto di vista normativo, quanto dirompenti, in senso negativo, per talune implicazioni sulla filiera degli appalti e delle connesse prestazioni professionali.

Il comunicato stampa del CdM del 16 dicembre sottolinea che il nuovo Codice muove da due principi cardine, stabiliti nei primi due articoli: il "principio del risultato", inteso come l'in-





teresse pubblico primario del Codice stesso, che riguarda l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza; il "principio della fiducia" nell'azione legittima, trasparente e corretta della pubblica amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. Purtroppo vedremo che i validi principi si accompagnano a talune soluzioni estremamente penalizzanti per le categorie tecniche.

Effettivamente il nuovo Codice, suddiviso in 5 libri e 229 articoli, dedica ampia parte del **primo libro** proprio ai principi fondativi, tra i quali le parole chiave sono: risultato (art. 1), fiducia (art. 2), accesso al mercato (art. 3), buona fede (art. 5), equo compenso (art. 8). Qui interviene altra innovazione, ovvero la definizione del RUP come Responsabile Unico del Progetto (art. 15), che può avvalersi di più Responsabili del Procedimento nelle varie fasi dell'appalto.

Sempre nel primo libro un'intera parte, la seconda, comprendente gli articoli da 19 a 36, è dedicata alla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti, con la definizione dell'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement) (art. 22), costituito dalle piattaforme e dai servizi digitali infrastrutturali abilitanti la gestione del ciclo di vita dei contratti pubblici, oltre al fascicolo virtuale dell'operatore economico (art. 24), che viene utilizzato per la partecipazione alle procedure di gara disciplinate dal codice e costituisce importante semplificazione per i professionisti.

La terza parte contiene previsioni di grande innovazione, ovvero l'anticipazione al progetto di fattibilità tecnica ed economica della conferenza dei servizi (art. 38), nell'ambito del quale sono acquisiti e valutati la verifica preventiva dell'interesse archeologico e della VIA, ma soprattutto l'obbligo per gli enti terzi di argomentare l'eventuale rigetto della proposta progettuale. Si considera difatti acquisito l'assenso delle amministrazioni che non si sono espresse nei termini di conclusione della conferenza, di quelle assenti o che abbiano espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza. Le determinazioni delle amministrazioni in qualsiasi caso di dissenso o non completo assenso, non possono peraltro limitarsi a esprimere contrarietà alla realizzazione delle opere o degli impianti, ma devono, in ogni caso, a pena di decadenza, indicare le prescrizioni e le misure mitigatrici che rendano compatibile l'opera e possibile l'assenso.

La parte IV ridefinisce i livelli di progettazione, ora articolata in soli due livelli di successivi approfondimenti tecnici (art. 41): il progetto di fattibilità tecnico-economica e il progetto esecutivo.

I punti accolti favorevolmente dalle Commissioni

Le Commissioni interessate di Camera e Senato hanno espresso lo scorso 21 febbraio parere positivo, con osservazioni, sull'iniziativa del Governo relativa al Codice dei contratti pubblici. Le osservazioni proposte dalle Commissioni includono **gran parte delle richieste e delle proposte avanzate dalla Rete Professioni Tecniche e dal Consiglio Nazionale Ingegneri durante le previste interlocuzioni istituzionali**. Il Presidente del Consiglio Nazionale Ingegneri, **Angelo Domenico Perrini**, ha commentato l'esito positivo delle Commissioni: "Sia come RPT che, come CNI, abbiamo profuso un grande impegno per vigilare e contribuire alla redazione di una normativa chiara ed utile per le categorie professionali e, in ultima analisi, per i cittadini. Ci auguriamo che il Governo possa accogliere le osservazioni di Camera e Senato, in modo da avere nel Codice dei contratti pubblici uno strumento finalmente efficace, atto alla realizzazione rapida di opere di qualità".

I punti accolti favorevolmente dalle Commissioni:

- Opportunità di sancire il divieto assoluto di fornire prestazioni professionali a titolo gratuito;
 - Specificare che durante la fase di progettazione deve essere verificata la compatibilità geologica, geomorfologica, idrogeologica e sismica dell'opera, includendone i risultati nella relazione tecnica allegata. Non consentire, inoltre, né il subappalto né l'affidamento, da parte dell'appaltatore a lavoratori autonomi, della redazione della predetta relazione;
 - Prevedere il divieto di subappalto della progettazione e delle attività ad essa connesse; obbligo di utilizzare, per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria, i parametri a base del calcolo da aggiornare in relazione alle modifiche previste dal nuovo codice, in particolare la riduzione dei livelli di progettazione da 3 a 2;
 - Per una più accurata determinazione della base d'asta, opportunità di inserire una previsione che consenta alle stazioni appaltanti l'individuazione dell'importo da porre a base di gara per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e altri servizi tecnici anche attraverso il recepimento delle tabelle aggiornate dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni e delle attività richieste, in ossequio al principio dell'equo compenso;
 - Relativamente all'appalto integrato, definire i casi in cui è possibile ricorrere a tale istituto, introdurre una soglia di importo minima per il ricorso a tale strumento, ribadire che non è possibile procedere con l'appalto integrato per opere di manutenzione, indipendentemente dai loro valori, specificando che l'offerta ha ad oggetto una proposta tecnica in luogo del progetto esecutivo;
 - Relativamente all'affidamento, modificare l'articolo 50, sostituendo al comma 4 le parole: "fatti salvi i contratti ad alta intensità di manodopera" con le seguenti: "ad eccezione delle ipotesi di cui all'articolo 108, comma 2, da aggiudicare esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo" e aggiungendo dopo le parole: "del prezzo più basso" le seguenti: "motivando adeguatamente la scelta";
 - Relativamente ai tempi di nomina della Commissione di concorso, specificarle per scongiurare il rischio che il doppio anonimato (dei concorrenti e dei giurati) possa evidenziare eventuali incompatibilità soltanto dopo il giudizio della commissione, invalidando così l'intera procedura.
 - Specificare i requisiti per gli appalti di servizi di architettura e ingegneria e altri servizi tecnici, prevedendo la possibilità di ricorrere per i requisiti economico-finanziari ad opportuna copertura assicurativa e di considerare, per i requisiti di capacità tecnica e professionale, un periodo nel quale aver espletato servizi analoghi pari a dieci anni.
 - Per la direzione dei lavori, prevedere la facoltà per la stazione appaltante di procedere dell'affidamento interno della direzione lavori in luogo dell'obbligatorietà.
 - Per il collaudo, prevedere la facoltà per la stazione appaltante dell'affidamento interno del collaudo in luogo dell'obbligatorietà.
 - In relazione alla riduzione dei livelli progettuali da 3 a 2, chiarire la disciplina transitoria relativa alla progettazione per i progetti in corso.
 - Inserire anche i geometri tra le categorie nominabili per i componenti del collegio consultivo tecnico.
 - Evitare l'introduzione di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive eurounitarie (gold-plating).
- Il CNI si augura che, nelle sue valutazioni finali, il Governo vorrà accogliere le suddette osservazioni, licenziando un testo finale che consenta al Codice di garantire l'efficacia da tutti auspicata.

Altro cambiamento nei contratti di lavori e servizi, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, è costituito dai costi della manodopera, che sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso come già in uso per la sicurezza. Elemento di pericolosa incertezza è invece il mancato richiamo alla ridefinizione del Decreto Parametri, con ripartizione nelle due fasi delle aliquote ora distribuite sulle tre fasi. L'art. 43 richiama l'introduzione della metodologia BIM obbligatoria per gli interventi su costruzioni esistenti per importo a base di gara superiore a 1 milione di euro a partire dal 1 gennaio 2015, già prevista dall'art. 6, comma 1, lett. f del D.M. 560/17 come modificato dal D.M. 312/21, rimandando all'allegato I.9 per le condizioni di implementazione. L'art. 44 di fatto reintroduce l'appalto integrato, senza sostanziali limitazioni di importo e complessità delle opere, pur se prevedendo il pagamento diretto dei progettisti indicati. La scelta rappresenta verosimilmente uno degli aspetti più critici del nuovo Codice, soprattutto se co-

ordinata con la modalità di presentazione dell'offerta, che deve avere ad oggetto sia il progetto esecutivo che il prezzo. È di palese evidenza che si introduce il concreto rischio di allontanare dal controllo della Pubblica Amministrazione la progettazione esecutiva, oltre a costringere gli Operatori economici a produrre in sede di gara numerosi elaborati progettuali della più avanzata maturazione, per poi utilizzare esclusivamente quelli decretati vincitori, con incalcolabile dispendio dei privati.

Il **secondo libro** concerne gli appalti. Nella parte prima, viene introdotto un criterio fin troppo restrittivo sull'applicazione dei meccanismi di rotazione degli affidamenti (art. 49), rese definitive le nuove soglie dell'affidamento degli incarichi (art. 50), con affidamento diretto anche senza consultazione di più operatori economici dei servizi di importo inferiore a 140.000 euro, nonché sancita la partecipazione dei RUP alle commissioni di gara (art. 51).

La parte seconda, sugli Istituti e clause comuni, introduce sen-

za particolari limitazioni l'accordo quadro (art. 59), di durata fino a 4 anni, sia per i servizi che per i lavori. Si reintroduce la revisione prezzi (art. 60), quando la variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, risulta superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento della variazione stessa.

La parte terza definisce i soggetti, la quarta le procedure di scelta del contraente, ribadendo l'opportunità di valutare preventivamente l'anomalia dell'offerta (art. 70), la quinta lo svolgimento delle procedure di affidamento, che contiene ulteriori condizioni sulle commissioni di gara. In particolare (art. 93) le commissioni devono comprendere esclusivamente dipendenti dell'amministrazione procedente o di altre amministrazioni pubbliche e, solo acquisita indisponibilità dalle stesse, professionisti esterni. Sempre nella parte quinta si introduce la possibilità di sostituire un componente dei Raggruppamenti Temporanei (art. 97) e parametri oltremodo incongrui per la definizione dei re-

quisiti speciali di partecipazione alle gare (art. 100). In particolare le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità economica e finanziaria un fatturato globale maturato nell'anno precedente a quello di indizione della procedura fino al doppio del valore stimato dell'appalto e, quale requisito di capacità tecnica e professionale, di aver eseguito contratti analoghi a quello in affidamento riducendo il lasso temporale di riferimento al precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara.

La parte sesta del Codice è riferita all'esecuzione dei contratti. Nel caso di contratti di importo non superiore a 1 milione di euro il direttore dei lavori svolge anche le funzioni di coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione (art. 114).

In ogni caso si specifica che le amministrazioni pubbliche affidano l'attività di direzione dei lavori ai propri dipendenti; in mancanza, devono affidarla ai dipendenti di centrali di committenza o di altre amministrazioni pubbliche, lasciando a situazioni residuali gli affidamenti esterni. Tale indicazione è similmente introdotta per il collaudo tecnico amministrativo ed il collaudo statico (art. 116), comprimendo significativamente le possibilità lavorative dei liberi professionisti.

Altra criticità della sezione è data dal subappalto (art. 119), che viene introdotto senza apparenti limitazioni per i lavori, le forniture ed i servizi, previa autorizzazione della stazione appaltante. L'art. 120 enuclea le possibili modifiche da apportare ai contratti, replicando di fatto la normativa precedente. Negli altri istituti non si osservano variazioni sostanziali, compresa la conferma dell'anticipazione (art. 125), pari generalmente al 20%, ed elevabile dalla *lex specialis* fino al 30%.

La parte settima riguarda disposizioni particolari per i settori ordinari, tra i quali i contratti nel settore dei beni culturali (Titolo III) e le procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile (Titolo VI).

Il **terzo libro** è incentrato sui settori speciali, il **quarto libro** sul partenariato pubblico - privato e sulle concessioni, il **quinto libro** del contenzioso e dell'ANAC, ove si definisce il Collegio consultivo tecnico e le relative funzioni (art. 215 e successivi fino al 219). Sempre nel quinto libro si introduce la Cabina di regia per il codice dei contratti pubblici (art. 221), istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri; la sua composizione e le modalità di funzionamento, strategica per la ridefinizione dinamica e continua dei contenuti della norma, sono disciplinate dall'allegato V.3.

Il Codice chiude con le abrogazioni (art. 226) e le disposizioni per l'entrata in vigore (art. 229), stabilita al 1 aprile 2023, con efficacia definitiva acquisita al 1 luglio 2023.

*CONSIGLIERE CNI

**GIÀ CONSIGLIERE CNI