



Schema di Decreto Legislativo recante disposizioni integrative e correttive al Codice dei Contratti Pubblici di cui al Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Atto del Governo sottoposto a Parere Parlamentare n. 226)

Osservazioni FINCO

La scrivente FINCO * (Federazione delle Industrie dei Prodotti, degli Impianti, dei Servizi e delle Opere Specialistiche per le Costruzioni e le Manutenzioni Edili, Stradali e dei Beni Culturali) condivide, in via generale, l'impianto dello schema di Decreto Legislativo Correttivo del vigente Codice dei Contratti, al netto di alcune criticità ed ulteriori considerazioni che verranno, di seguito, riportate.

ASPETTI POSITIVI - da mantenere -

Impossibilità di qualificarsi con i lavori subappaltati (art. 33, comma 1, lettera e); art. 81, comma 1, lettera e))

Si ritiene di fondamentale importanza aver chiarito che i lavori subappaltati possono essere usati per la qualificazione nella specifica categoria di lavorazione solo da parte di coloro che li hanno eseguiti.

Precisazione più che opportuna che risponde alle prescrizioni della Legge Delega (L 78/22 art. 1, comma 2, lettera s)) e, finalmente e correttamente, circoscrive l'apporto dei lavori subappaltati alla "sola" definizione della cifra di affari complessiva, per quanto riguarda l'appaltatore principale.

Consentire di qualificarsi con lavori fatti da altri, senza averne le capacità, è una possibilità che non trova alcuna spiegazione tecnica o razionale, danneggia le imprese seriamente

qualificate, falsa la concorrenza, aumenta i rischi per la sicurezza in cantiere ed impoverisce la qualità dei lavori pubblici.

** **

Riserva del 20% delle prestazioni subappaltabili per le PMI (art.33, comma 1, lettera a)).

Per quanto si ritenga che il subappalto non sia il miglior modo di coinvolgimento della piccola e media impresa negli appalti (essendo decisamente più significativo per la crescita dell'impresa il meccanismo del Raggruppamento Temporaneo di Impresa, o una più efficace e generalizzata divisione dell'appalto in Lotti), una percentuale di subappalto riservata a monte (analogamente a quanto previsto anche **all'art.17, comma 1, lettera a) sui c.d. Contratti Riservati**), è certamente un segno di attenzione per le piccole imprese, che deve certamente essere confermato.

** **

Disciplina della Revisione Prezzi applicata anche ai subappaltatori (art 16, comma 1, lettera e); art. 76 Inserimento Allegato II.2 bis, riferimento art. 8 e art. 14 del nuovo Allegato)

In linea generale, la previsione di un meccanismo automatico di Revisione Prezzi all'interno del Codice, pur con le riflessioni critiche che si riporteranno al punto successivo, è certamente una novità del D Lgs 36/23 di grande rilevanza per le imprese.

L'aver esplicitato che "l'equilibrio contrattuale" riguarda tutta la filiera attraverso l'applicazione della Revisione Prezzi, quindi anche i subappaltatori ed i subcontraenti, è una previsione importante non solo per le imprese ma anche per le stazioni appaltanti che, in questo modo, vedono garantito il principio basilare del "Risultato" cui tutta la nuova disciplina degli appalti è improntata.

ASPETTI NEGATIVI - da modificare-

Lo Schema riporta, però, anche alcune serie criticità cui si chiede di porre rimedio.

Revisione Prezzi applicazione di una doppia alea (art 16, comma 1, lettera b))

L'aver chiarito che la revisione si applica per l'80% a ciò che supera il 5% dell'incremento (o decremento) del costo complessivo dell'appalto rende assolutamente insufficiente il meccanismo di Revisione Prezzi per il mantenimento dell'equilibrio contrattuale e per il conseguimento del risultato atteso dell'appalto.

La doppia alea, così definita, potrebbe essere condivisibile solo se la soglia di attivazione del meccanismo di revisione fosse portata al 2% e la parte riconosciuta dell'aumento o del decremento fosse portata almeno al 90%.

** **

Disposizione transitoria per progettazione e direzione lavori nel Restauro specialistico sui Beni Culturali (art. 60, comma 1, lettera a))

Si ritiene assolutamente non condivisibile ed in contraddizione con la politica di tutela e conservazione del patrimonio culturale, l'inserimento di una disposizione transitoria che, a dispetto di un sistema di qualificazione dei Restauratori ormai consolidato da anni e che si materializza in uno specifico Elenco tenuto dal Ministero della Cultura e organizzato per settore di specialità, cerca, attraverso una previsione codicistica, di operare una sanatoria di figure professionali che hanno, evidentemente continuato ad operare, nell'ambito della progettazione e della direzione dei lavori, *contra legem* negli ultimi cinque anni.

E' dal 2018 che l'attività di restauro dei beni culturali rientra tra le professioni il cui esercizio è consentito solo previo inserimento negli elenchi pubblicati dal MIC: ignorare il quadro normativo di riferimento, che aveva già sanato situazioni pregresse oltre a dare una appropriata collocazione ai nuovi percorsi formativi del settore, è certamente una proposta inaccettabile.

La previsione dell'art. 60, comma 1, lettera a), andrebbe, quindi, soppressa.

** **

Limitazione del Collegio Consultivo Tecnico (CCT) ai soli lavori con esclusione del CCT per servizi e forniture (art. 53, comma 1, lettera b); art. 84)

La previsione del Collegio Consultivo Tecnico, quale strumento per garantire il regolare svolgimento dell'appalto e quale misura deflattiva del contenzioso è certamente una delle novità più interessanti del DLgs 36/23.

La previsione era certamente bisognosa di aggiustamenti almeno per la parte relativa alle professionalità coinvolte nell'ambito del CCT che dovrebbero essere coerenti con l'appalto e non essere quindi limitate a poche figure professionali (ingegneri, architetti, giuristi ed economisti).

La revisione intervenuta nello Schema di Correttivo non solo non dà una risposta a questa necessità di integrazione, ma limita l'applicazione del CCT ai soli appalti di lavori, escludendo, quindi gli appalti di forniture e servizi.

E', quindi, necessario mantenere l'applicabilità del CCT anche agli appalti di servizi e forniture (almeno per gli appalti pari o superiori a 1milione di euro) e prevedere una integrazione delle professionalità coinvolte nel CCT come da proposta che segue:

<< Per i contratti aventi per oggetto forniture e servizi o lavori specialistici, il Collegio consultivo tecnico può essere formato, oltre che da ingegneri, architetti, giuristi ed economisti, anche da esperti nel settore merceologico oggetto dello specifico contratto, ovvero di una sua parte economicamente o tecnicamente rilevante. In tali casi, l'esperienza del componente il Collegio consultivo tecnico è comprovata mediante l'iscrizione dello stesso in appositi albi o elenchi professionali inerenti il settore merceologico oggetto del contratto o della sua parte economicamente o tecnicamente rilevante, ovvero, laddove non esistenti albi o elenchi professionali per lo specifico settore d'interesse, dall'esperienza, almeno quinquennale, del componente, comprovata dal relativo curriculum vitae >>

** **

CCNL e maggiore rappresentatività (art. 1; art. 63 inserimento Allegato I.01 Contratti Collettivi)

Uno dei temi che ha creato maggiore dibattito sia nel primo anno di applicazione del Codice che nella redazione dello Schema di Correttivo è quello dei Contratti Collettivi da applicarsi agli appalti.

Il Correttivo, formalmente e solo formalmente, salva l'equivalenza dei contratti e ribadisce che le Stazioni Appaltanti non possono imporre un determinato contratto a pena di esclusione; nella sostanza, invece, per la individuazione di equivalenza indica una serie di elementi che favoriscono i CCNL siglati dalle organizzazioni datoriali e sindacali che sarebbero connotate da una presunta maggiore rappresentatività comparativa, in danno dei CCNL specialistici che sono certamente caratterizzati dalla pertinenza con l'attività da eseguire, ma non necessariamente sono firmati dai soggetti individuati come "maggiormente rappresentativi".

Per preservare, dunque, la contrattazione collettiva delle attività specialistiche è necessario aggiungere all'Allegato I.01 un ulteriore articolo.

<< **Articolo 6 (Clausola di salvaguardia per le attività specialistiche)**

Nell'ambito delle attività specialistiche e super-specialistiche deve sempre essere verificata e garantita la stretta connessione del contratto collettivo con l'attività da svolgere a prescindere dal concetto di maggiore rappresentatività comparata delle organizzazioni firmatarie del contratto collettivo >>.

ASPETTI MANCANTI - da inserire -

Il Correttivo, inoltre, dovrebbe prevedere una serie di ulteriori modifiche di cui le imprese Specialistiche e Super-specialistiche rappresentate dalla FINCO sentono una forte esigenza.

Nel rimandare al più ampio documento di proposte già inviato ad Agosto del corrente anno (e qui riallegato per memoria e possibile spunto di approfondimento), si riportano alcuni aspetti essenziali che si auspica possano trovare spazio del testo in discussione.

1. Revisione Art. 68 DLgs 36/23 (Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici) (pagina 17 e ss doc. allegato);

Si concorda con il principio secondo cui subappaltatori e fornitori debbono essere garantiti nel caso in cui si verificano inadempimenti nei loro confronti, si richiama, però, l'attenzione sul comma 9 dell'articolo 68, laddove è prevista la responsabilità solidale dei partecipanti ai raggruppamenti temporanei senza che distinzione alcuna sia fatta all'interno delle attribuzioni di questi raggruppamenti.

Si ritiene grave errore non aver inserito nel Codice una disciplina più puntuale dei Raggruppamenti Temporanei di Impresa Orizzontali e, soprattutto, Verticali che hanno un ruolo molto importante nella crescita delle aziende, in un panorama quanto mai caratterizzato, in questo settore, da un certo "nanismo" aziendale. L'assenza di questa previsione, legata al mantenimento del concetto di responsabilità solidale comporta ora la "sostanziale cancellazione" dei raggruppamenti di tipo "verticale". Il raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) è una forma di collaborazione temporanea ed occasionale tra operatori economici riuniti ai fini della partecipazione, oltre che dell'esecuzione, a gare cui singolarmente non avrebbero potuto accedere in ragione delle proprie dimensioni o delle specifiche attività svolte; ha, quindi, una finalità pro-concorrenziale, ampliando l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese. Per costituire un raggruppamento temporaneo, uno o più operatori economici (mandanti) devono conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza all'operatore designato (mandataria): solo l'impresa mandataria intrattiene, però, un rapporto diretto con la stazione appaltante e con ciascuna delle imprese mandanti, anche e soprattutto nel caso di raggruppamenti "verticali" in cui ognuno dei partecipanti svolge una sua propria, distinta e specifica attività.

Di regola, la responsabilità solidale è prevista, in forma completa, tra i componenti del raggruppamento temporaneo di imprese, solo laddove ciascun componente del raggruppamento svolge la medesima attività (nei raggruppamenti c.d.

“orizzontali”), scelta dettata dal fatto che intervenendo tutti sulle medesime lavorazioni sarebbe impossibile scindere le responsabilità di ogni singolo partecipante.

Vista, quindi, la sostanziale differenza tra i raggruppamenti “verticali”, e quelli “orizzontali” si ritiene non ci sia ragione alcuna per allargare questa responsabilità solidale a ciascun componente del raggruppamento temporaneo di tipo “verticale”. E’ evidente che l’imposizione ad una piccola o media impresa di responsabilità non pertinenti, sproporzionate ed estranee rispetto all’attività che si impegna a svolgere nell’appalto, risulterebbe oltre che vessatorio, probabilmente, anche tecnicamente impossibile, per la difficoltà di ottenere garanzie proporzionate sia dal punto di vista assicurativo che finanziario.

E’ quindi necessario che per i lavori scorporabili, la cui esecuzione normalmente confluisce in raggruppamenti verticali, vengano previste delle debite eccezioni, come del resto già contemplato dal comma 5 dell’articolo 48 del previgente Codice dei Contratti (D.L.gs 50/16).

PROPOSTA DI EMENDAMENTO

Articolo 68, comma 9 DLgs 36/23

<< 9. L'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. **Per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità del mandatario.** omissis.>>

** **

2. **Revisione Art. 104, comma 8 , DLgs 36/23 (Avvalimento)** (pagina 21 e ss doc. allegato);

Pur alla luce della particolarità che contraddistingue un istituto, ad avviso di FINCO, assolutamente discutibile come l’Avvalimento - la cui applicazione dovrebbe essere

fortemente ristretta alla sola messa a disposizione di dotazioni tecniche da parte dell'impresa ausiliaria complementari a quelle già possedute dall'ausiliato - si ritiene che quanto previsto dal comma 8 dell'art. 104 possa ingenerare confusione rispetto al previgente comma 8 dell'art. 89 (D.Lgs. 50/16), in cui si faceva, comunque, cenno al possibile ruolo di subappaltatore per l'ausiliario, e che si ritiene, quindi, fosse più chiaro.

Il comma 8 dell'art. 104 del Codice, infatti, prevede che il contratto sia eseguito dall'impresa che partecipa alla gara cui viene, successivamente, rilasciato il Certificato di Esecuzione Lavori (CEL).

L'esecuzione tuttavia è, e deve essere, consentita alle sole imprese qualificate nella specifica categoria di lavori: se l'impresa si è, quindi, avvalsa integralmente dei requisiti di altri per partecipare, non dovrebbe essere titolata né ad eseguire né ad acquisire un CEL, come da proposta che segue.

PROPOSTA DI EMENDAMENTO

Articolo 104, comma 8

<< 8. Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, **ove già in possesso di qualificazione nella relativa categoria, anche se di classifica inferiore a quella richiesta.** ~~alla quale, è rilasciato il~~ **Il** certificato di esecuzione **è rilasciato a chi ha materialmente eseguito i lavori**, salvo quanto previsto dal comma 3.>>

** **

3. **Revisione Art. 119 DLgs 36/23 (Subappalto)** (pagina 23 e ss doc. allegato);

Tra le varie proposte di revisione dell'art 119 del DLgs 36/23 a suo tempo trasmesse, qui di seguito si riportano alcune di quelle ritenute più significative, rimandando al citato documento complessivo le motivazioni estese oltre alla indicazione di altre eventuali ipotesi di emendamento.

- Limiti di subappaltabilità per SIOS e contratto di subappalto tipo

Molte delle previsioni relative al subappalto presenti nel Codice 36/23 che seguono la traiettoria già definita dai Decreti c.d. “Semplificazione” degli ultimi anni, non sono condivisibili, come ad esempio la completa liberalizzazione di tutte le lavorazioni non prevalenti che incide anche sulle lavorazioni c.d. super-specialistiche, che, per la loro particolarità, mal si adattando ad un regime di puro e semplice subappalto e dovrebbero, quindi, rientrare nello stesso regime delle lavorazioni prevalente.

Inoltre, al fine di “mitigare” gli effetti estensivi (e deleteri) di un subappalto sostanzialmente libero, è necessario prevedere un contratto di subappalto tipo, che consenta al subappaltatore di non sopportare oneri impropri diversi da quelli che gravano sull’appaltatore rispetto alla stazione appaltante (come del resto previsto per l’appaltatore rispetto al General Contractor ex art. 204, comma 13 DLgs 36/23).

PROPOSTA DI EMENDAMENTO

Articolo 119, comma 1

*<< 1. I soggetti affidatari dei contratti eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi e le forniture compresi nel contratto. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 120, comma 1, lettera d), la cessione del contratto è nulla. È altresì nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente, **alle lavorazioni di cui all'articolo 104, comma 11** e dei contratti ad alta intensità di manodopera. È ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo. **Al subappaltatore non possono essere imposti obblighi e oneri ulteriori rispetto a quelli che gravano sull'appaltatore nei rapporti con la stazione appaltante** >>.*

- Inadempimenti e pagamento diretto

Significativa l'estensione del pagamento diretto a subappaltatori e subcontraenti. Si ritiene, tuttavia, necessario qualche ulteriore aggiustamento all'articolato per renderlo più chiaro e concretamente attuabile, anche facendo riferimento a situazioni reali in cui si verificano ritardi nei pagamenti da parte degli appaltatori.

In particolare, il concetto di "inadempimento" (art. 119 comma 11 lett. b) si connota per la sua marcata genericità; si è infatti riscontrato che i committenti, anche al fine di sottrarsi alla richiesta di pagamento diretto da parte dei subcontraenti, interpretano tale concetto in maniera molto restrittiva, considerando avverata tale condizione unicamente all'esito di un accertamento giudiziale con dignità di giudicato.

Ancora, si evidenzia l'incertezza dell'Art. 119 comma 11 lett. c) nella parte in cui recita: "*e se la natura del contratto lo consente*". Anche questa formulazione, infatti, si presta a differenti interpretazioni, con il risvolto potenziale di incentivare il contenzioso fra gli operatori chiamati a darne applicazione.

Un altro profilo critico riguarda il rischio che il tentativo del subcontraente di far valere nei confronti dell'appaltatore l'"inadempimento" prescritto dalla lett. b) dell'art. 119, si traduca in un effetto "boomerang" in sede di revocatoria fallimentare. A tal proposito, sarebbe utile inserire un'esenzione dalla revocatoria del pagamento ai sensi dell'art. 119 comma 11.

PROPOSTA DI EMENDAMENTO

Articolo 119, comma 11

<< 11. *La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore ed ai titolari di sub-contratti non costituenti subappalto ai sensi del quinto periodo del comma 2 l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:*

a) quando **il subappaltatore o** il subcontraente è una microimpresa o piccola impresa;

b) in caso di **inadempimento inesatto adempimento** da parte dell'appaltatore **pur se non accertato giudizialmente**;

c) su richiesta del **subappaltatore o del** subcontraente ~~e se la natura del contratto lo consente~~ **se il contratto non lo esclude espressamente.**

I pagamenti effettuati ai sensi del presente articolo si considerano rientranti nell'ipotesi di cui all'art. 67, comma 3, lett. a), del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 e s.s.m.m.i. e, in quanto tali, non soggetti a revocatoria fallimentare.>>

- Congruità prezzo praticato al subappaltatore

L'uso estensivo del subappalto scoraggia altre forme di partecipazione come i Raggruppamenti Temporanei o le Reti di Impresa, che consentono alle imprese di crescere realmente; inoltre l'eliminazione del ribasso massimo tra appalto e subappalto (prima previsto al 20%), induce a subappaltare al prezzo più basso senza controllo alcuno, con conseguenze sulla qualità dell'intervento e la tenuta economico-finanziaria delle imprese della filiera a cominciare dal subappaltatore. Con un subappalto sostanzialmente affidato al prezzo più basso le imprese non solo non crescono e non si stabilizzano - salvo quelle che hanno già deciso di seguire in perenne veste di subappaltatore una impresa generale - ma è ampiamente ipotizzabile una forte decrescita economica e occupazionale. L'essersi preoccupati, nella normativa del subappalto, solo dei trattamenti economici e normativi dei dipendenti non risolve il problema della redditività dell'attività svolta dalle imprese che sarà messa, inevitabilmente, a rischio; da qui la proposta di integrazione alla fine del comma 12 dell'art. 119.

PROPOSTA DI EMENDAMENTO

Articolo 119, comma 12

<< 12. Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale. L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione oppure il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di quest'ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

Il RUP procede alla verifica della congruità del prezzo applicato al subappaltatore, in contraddittorio con l'appaltatore ed il subappaltatore, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti dal contratto di appalto >>.

** **

4. **Revisione Allegato II.12 DLgs 36/23 (Qualificazione degli Operatori Economici)** con riferimento soprattutto alle categorie di lavorazione Super-specialistiche - Tabella A (pagina 36 e ss doc. allegato);

Per l'ampiezza delle proposte si rinvia al documento allegato.

Preme però evidenziare la necessità che il Ministero delle Infrastrutture apra uno specifico confronto con la rappresentanza delle imprese super- specialistiche, quali FINCO, per la migliore puntualizzazione dei contenuti della citata Tabella A

** **

5. **Revisione previsioni relative al settore dei Beni Culturali tutelati** (*pagina 68 e ss doc. allegato*);

Per l'ampiezza delle proposte si rinvia al documento allegato.

Preme però evidenziare la necessità che il Ministero della Cultura (ed il Ministero delle Infrastrutture per la parte di competenza) apra uno specifico confronto con la rappresentanza delle imprese del settore dei Beni Culturali, rappresentate anche da FINCO (settori Archeologia e Restauro Specialistico).

Roma 25 novembre 2024

All. c.s.:

- FINCO Anagrafica
- Documento di proposte FINCO per il Correttivo (9 agosto 2024)

* **FINCO** – *Federazione Industrie Prodotti Impianti Servizi ed Opere Specialistiche per le Costruzioni e la Manutenzione Edile, Stradale e dei Beni Culturali, composta da 40 Associazioni per oltre 17.000 imprese e 130 mila dipendenti con un volume di affari superiore ai 35 miliardi di euro*