

Gli studi che seguono il settore dicono sì alle semplificazioni, ma rilevano le prime difficoltà

Codice appalti, la riforma convince gli addetti ai lavori

PAGINE A CURA
DI FEDERICO UNNIA

Compie un anno il nuovo Codice degli appalti (dlgs. 36/2023), varato con l'obiettivo di rilanciare l'economia del paese, in risposta alle pressanti istanze di realizzazione e ammodernamento di opere, infrastrutture e servizi pubblici, anche alla luce degli obblighi sanciti dal Pnrr. Il bilancio di questi primi mesi può ritenersi moderatamente positivo, visto che ci si sta avvicinando ad alcuni obiettivi che il Codice si prefiggeva. Inoltre, l'adozione del c.d. modello francese per la definizione dei prezzi viene accolto con favore dai professionisti che presidiano la materia.

«Si pensi al crescente numero di stazioni appaltanti qualificate, che consente di avere un nucleo significativo di stazioni appaltanti in grado di garantire maggiore qualità ed efficienza nella gestione delle gare; o ancora, si guardi alla ripresa degli incarichi di progettazione volti ad imprimere un'accelerazione alle opere strategiche. Ovviamente sono ancora tanti gli aspetti che devono essere messi ancora a punto, ma i recenti aggiustamenti al codice entrati in vigore a partire dal 1 gennaio 2024 saranno utili in tal senso», commenta **Sergio Fienga**, partner di **PedersoliGattai**. «Il tema della revisione prezzi non poteva essere più a lungo trascurato dal legislatore se si guarda ai recenti bandi di gara pubblicati per il Pnrr aventi prezzi a base di gara significativamente inferiori rispetto ai prezzi di mercato, soprattutto con riguardo alle grandi opere infrastrutturali. In queste procedure, il rischio è che l'affidamento sia destinato a bloccarsi perché le imprese, alla lunga, non riescono a rendere remunerativa la commessa. Il modello francese, che prevede un adeguamento del valore dell'appalto in proporzione all'eventuale aumento del costo dei materiali, ha funzionato bene dove è stato applicato e sarà una buona soluzione anche nel nostro Paese; l'importante sarà contabilizzare correttamente le risorse economiche necessarie a far fronte al pagamento dei maggiori importi. Piuttosto che soffermarsi sugli istituti che necessitano di correttivi, direi che ciò che deve migliorare è l'interpretazione delle disposizioni codicistiche. Si pensi al recente dibattito sugli appalti di lavori privati finanziati per più del



Sergio Fienga



Elio Leonetti



Mariangela Di Giandomenico



Lidia Scantamburlo



Andrea Stefanelli



Giovanni Ferasin



Mario Di Carlo



Angela Ruotolo

50% da risorse pubbliche: era un caso disciplinato nel vecchio d.lgs. 50/2016 e che non viene trattato nel nuovo codice. Ebbene, nel silenzio legislativo, l'Anac ha ritenuto che in tale ipotesi permanga la vecchia regola del d.lgs. 50/2016 secondo cui il codice trova applicazione per interventi di importo superiore al milione; ma di recente il Mit, pur confermando l'applicazione del codice nel caso di specie, ne ha dichiarato l'operatività solo per appalti di importo superiore alle soglie comunitarie, e quindi – nel caso di lavori – superiore ai 5,5 milioni di euro».

«Credo si possa esprimere una valutazione sostanzialmente positiva e rilevare che questa riforma è stata ben recepita sia dalle stazioni appaltanti che gli operatori economici», dice **Elio Leonetti**, Of counsel di **Chiomenti**. «Un elemento positivo è certamente rappresentato dalla semplificazione di numerosi aspetti rilevanti della normativa, ulteriormente accentuata dallo sforzo di sintesi, compiuto in sede di redazione del testo, nell'individuazione di soluzioni interpretative ed operative in linea con quelle individuate negli ultimi anni nella giurisprudenza e nella prassi. L'altro elemento sicuramente positivo riguarda il processo di digitalizzazione delle procedure, che richiede tuttavia una ulteriore implementazione neces-

saria per dare attuazione completa alle nuove regole, anche per garantire una effettiva attuazione della nuova disciplina sulla trasparenza e sull'accesso agli atti, che riveste grande rilevanza per le imprese anche nell'eventuale ottica di un contenzioso. Naturalmente, come era prevedibile, non sono mancate difficoltà e criticità, tra le quali, ad esempio, quelle derivanti dalle nuove regole sulla qualificazione delle stazioni appaltanti. Sulla revisione prezzi gli interventi compiuti nel nuovo codice devono essere senz'altro visti con favore, con il ripristino dell'obbligatorietà della clausola di revisione prezzi e con l'inserimento del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale. Con specifico riferimento ai lavori, il prospettato passaggio dal sistema degli indici di costo applicati a tipologie di opere elaborati dall'Istat (fabbricato residenziale, capannone industriale e tronco stradale con tratto in galleria) ad una pluralità di indici applicati a tipologie di lavorazioni sulla base di pesi stabiliti dal progettista in analogia al c.d. sistema francese potrebbe essere una buona soluzione per rendere più dinamico ed efficace il meccanismo di revisione dei prezzi. Più in generale, individuando tre aspetti che richiederebbero un intervento migliorativo riguardano a nostro avviso: le regole e i parametri applicabili ai fini dell'at-

tuazione dell'art. 11, comma 3, del nuovo Codice che prevede la possibilità di applicare al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto il Ccnl indicato dall'operatore economico diverso da quello stabilito nel bando, onde fornire un quadro più chiaro agli operatori economici che devono formulare le offerte e consentire alle stazioni appaltanti che devono svolgere la valutazione di equivalenza delle tutele normative di pervenire a risultati quanto più possibile univoci; la necessità di un miglior coordinamento delle competenze ripartite tra dirigente e nuovo Responsabile Unico del Progetto e tra quest'ultimo e i «Responsabili di fase»; e, infine, in relazione agli appalti finanziati con le risorse Pnrr/Pnc, un miglior coordinamento delle disposizioni contenute nel nuovo Codice e delle disposizioni «speciali» di cui d.l. n. 77/2021 e n. 13/2023».

Secondo **Mariangela Di Giandomenico**, partner responsabile del dipartimento di Diritto amministrativo e pubblico di **Orrick Italia**, «il nuovo codice introduce un nuovo approccio e stravolge, sotto molteplici profili, la logica sottesa al codice previgente e, pertanto, per verificarne l'effettivo impatto, occorre attendere un cambio di passo, in particolare da parte delle amministrazioni, che devono entrare nella logica del risultato e di un mi-

glior equilibrio del rapporto pubblico-privato. Positivo il contributo alla semplificazione e accelerazione degli appalti nonché alla digitalizzazione, da attuare. È positiva l'introduzione di una norma che impone clausole di revisione prezzi, nell'ottica di dare attuazione al principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale. Tuttavia, i punti critici emersi in sede di applicazione sono diversi e attengono per lo più al meccanismo di attivazione della revisione prezzi, alle soglie, ai limiti dati e al concetto di imprevedibilità. Occorrerebbe in via generale rafforzare alcuni aspetti legati al rapporto pubblico-privato. E intervenire su temi più puntuali: come detto sulla revisione prezzi; sul subappalto, in particolare a cascata, chiarendo la disciplina operativa e la distinzione con le altre fattispecie di subaffidamento; sul tema dell'illiceito professionale, eliminando la rilevanza di alcuni mezzi di prova (rinvio a giudizio o provvedimenti cautelari); sul ribasso dei costi della manodopera, facendo chiarezza sull'interpretazione della norma; sull'accesso, chiarendo alcuni aspetti della nuova disciplina; sul Cct chiarendo alcuni aspetti operativi e applicativi».

«È una valutazione complessivamente positiva, comprovata dal fatto che - a differenza del passato - l'attuale Codice non ha subito immediate corre-

Promosso il processo di digitalizzazione delle procedure

zioni, né sembrerebbe in previsione un decreto correttivo ad ampio raggio d'azione», dice **Li-dia Scantamburlo**, partner di **DWF**. «Era naturale attendersi, in avvio, delle difficoltà applicative, ma queste non sono sembrano dovute alle formulazioni delle previsioni, ma alla necessità di fare proprio un nuovo sistema di procurement pubblico. L'attuale Codice degli appalti ha reso obbligatoria la revisione dei costi di opere, servizi e forniture quando aumentano i costi dei materiali. Le regole erano però tutte da definire. Con l'abbandono dell'attuale sistema Istat e l'introduzione di un sistema di 21 indici per altrettante lavorazioni edilizie si è finalmente venuti incontro alle esigenze delle imprese di avere un sistema "automatico, trasparente e omogeneo". In questo modo, d'altronde, si viene incontro anche alle stazioni appaltanti fornendo delle regole chiare.

Rimangono alcuni temi critici fra i quali la qualificazione delle stazioni appaltanti e la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita degli appalti. Con decorrenza dal 1° gennaio 2024, le stazioni appaltanti - per mantenere la qualificazione - dovranno avere delle piattaforme certificate di approvvigionamento digitale senza le quali incorreranno nella decadenza da detta qualificazione. Gli enti o le stazioni appaltanti che ne sono prive dovranno ricorrere a quelle messe a disposizione dalle amministrazioni che ne sono dotate e con le quali dovranno sottoscrivere appositi accordi. Nel comunicato dell'Anac n. 582/2023, adottato d'intesa con il Ministero delle Infrastrutture, vi sono le prime indicazioni per l'avvio del processo di digitalizzazione».

Parla di una valutazione nel complesso positiva **Andrea Stefanelli** co-fondatore dello Studio legale **Stefanelli&Stefanelli**. «Seppure gli impatti dell'applicazione del nuovo Codice si vedranno solo quando saranno pienamente a regime le norme più innovative legate alla digitalizzazione dell'intero ciclo di vita degli appalti». La possibilità per l'operatore economico di presentare la documentazione per partecipare alle gare «una sola volta» potrà infatti avere, in prospettiva, un fortissimo impatto sul sistema delle gare in termini di accesso al mercato, con una partecipazione dei competitors di paesi europei ed, anche, di paesi terzi (prima disincentivati dall'eccessiva burocrazia). Se consideriamo poi le nuove norme sul subappalto, che consentono di subappaltare a terzi gran parte delle prestazioni oggetto del contratto nonché ammettono il «subappalto a cascata», è evidente che potremmo avere un mercato delle gare pubbliche molto diverso dall'attuale. Ritengo che il «modello alla francese», che consente di passare da una classificazione per «opere» ad una classificazione per «lavorazioni» che



compongono un'opera, sia un valido modello per consentire una revisione-prezzi trasparente e automatica; bene, quindi, la proposta di 21 nuovi indici per i lavori. Occorre però ora che il confronto al Ministero si focalizzi sugli indici per le Forniture e i Servizi per evitare che, ancora una volta, i settori delle forniture e dei servizi restino «indietro» nonché penalizzati, come è già avvenuto con la loro «esclusione» dall'ambito d'applicazione delle norme emergenziali sulla «compensazione» per gli aumenti delle materie prime registrate nel 2020 e 2021. La corretta applicazione dei criteri di aggiudicazione; mi riferisco, da un lato, alle criticità emerse sulla applicazione del criterio del prezzo più basso con riguardo alla ribassabilità diretta del «costo della manodopera» e, dall'altro, all'eliminazione del vincolo, nel caso del criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, di attribuire alla componente economica un punteggio massimo non superiore al 30%. Personalmente credo che, senza tale vincolo, la stazione appaltante potrà riuscire a trovare il «miglior punto di equilibrio» tra la qualità ed il prezzo, ma a patto che nel bando di gara siano individuati - nonché graduati correttamente - i requisiti tecnici, distinti fra quelli di «ammissione» e quelli di «maggiore valutazione».

Per **Giovanni Ferasin**, partner di **Casa & Associati** «l'applicazione del nuovo Codice, nei primi mesi, non sembra aver comportato il temuto blocco delle attività nel settore dei contratti pubblici, da alcuni paventato prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni. L'andamento del mercato è sicuramente influenzato dalle opere relative al Pnrr e al Pnc, che continuano in gran parte a seguire le procedure legate al dlgs. n. 50/2016, ma si ritiene che in generale le norme dettate dal nuovo Codice non rappresentino un limite alla contrattazione pubblica. Un dato di cui tener conto, nelle fasi iniziali di efficacia delle nuove disposizioni, è quello relativo alla carenza di stazioni appaltanti qualificate (la qualificazione delle stazioni appaltanti è requisito obbligatorio per bandire gare di lavori di importo superiore ai 500 mila euro e gare

di servizi di importo superiore ai 140 mila), ma con il passare dei mesi molte stazioni appaltanti, preso atto della necessità di procedere in tal senso, stanno procedendo ad adeguarsi e a presentare istanza di qualificazione. Quanto al c.d. modello francese, la cui introduzione è stata ripetutamente sollecitata anche da Ance, appare efficace in quanto permette di compensare i prezzi in maniera flessibile, aumentando la compensazione in presenza di rincari del costo dei materiali, ma allo stesso tempo riducendola quando i prezzi scendono. Come noto, quello del rincaro dei costi dei materiali da costruzione è stato ed è un problema rilevantissimo, in quanto è accaduto che alcune opere siano rimaste inattuata a seguito di gare, ritualmente aggiudicate, ma sulla base di prezzi a base di gara del 10-12% inferiori rispetto ai prezzi di mercato. Il meccanismo ora introdotto permette un adeguamento costante dei prezzi iniziali, servendosi di ben 21 indici per altrettante lavorazioni edilizie, la cui sommatoria determina l'indice di costo complessivo della singola opera: con la conseguenza che le variazioni di ciascuno dei 21 indici consente, tenuto conto del «peso specifico» di ciascuna lavorazione sull'opera complessiva, di aggiornare e adeguare costantemente il costo all'andamento effettivo dei prezzi. In conclusione, il nuovo Codice può essere valutato positivamente, dal momento che persegue la via (da molti invocata) della semplificazione e della digitalizzazione dei contratti. Certo, alcuni aspetti da migliorare o, quanto meno, da tener monitorati, vi sono. Ritengo, ad esempio, che l'innalzamento della soglia degli affidamenti diretti (svolti fino a 140mila euro per servizi e forniture senza nemmeno procedere ad una ricerca di mercato) potrebbe comportare il rischio di pregiudizio ai fondamentali principi che presidono il corretto svolgimento della contrattazione pubblica, quale quello della imparzialità e del buon andamento; si consideri, peraltro, che la lettera della nuova norma (art. 17, comma 2) sembra disporre la possibilità di procedere immediatamente all'affidamento (diretto) anche senza una preventiva delibera a contrarre da par-

te dell'amministrazione. C'è però da osservare che, nonostante le previsioni del comma 2 dell'art. 17 del codice, una simile previsione si pone in netto contrasto con ogni principio di trasparenza, pur enunciato dal codice stesso ed ai sensi del quale le trattative tra una Pa ed imprenditori dovrebbero avvenire nel rispetto dell'evidenza pubblica. Un altro aspetto da monitorare è quello relativo all'innalzamento a 500 mila euro della soglia per le stazioni appaltanti qualificate (in precedenza la soglia era 150 mila euro): tale previsione consente di bandire appalti fino a mezzo milione di euro anche a chi potrebbe non essere in grado di gestirli, perché non qualificato, con conseguente aumento del rischio di perdite economiche».

Per **Mario Di Carlo**, partner di **Ristuccia Tufarelli & Partners** «l'introduzione del modello francese potrebbe costituire un grande passo avanti, semplificando il processo di verifica dei presupposti per la revisione dei prezzi almeno nei lavori. Per i servizi e le forniture si parla però di un numero variabile di indicatori da 100 a oltre 400 e non è ben chiaro come li si dovrà applicare; attendiamo di vedere l'esito del tavolo di lavoro per comprendere se sarà davvero uno strumento di semplificazione, di efficace riequilibrio contrattuale e di riduzione del contenzioso. Il tema del costo della manodopera e dell'equivalenza delle tutele economiche e normative merita certamente una revisione del dettato normativo, che si sviluppa in troppe norme, fra loro non ben coordinate e perfino contraddittorie (conferma da Anac). Sarà necessario uscire dall'ambiguità della ratio della norma tra la lotta ai contratti pirata o come strumento di innalzamento delle retribuzioni. Al contempo la disciplina del subappalto presenta ancora criticità significative di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea.»

Più prudente, infine, **Angelo Ruotolo**, counsel di **SI-Studio Inzaghi** secondo la quale «Credo sia troppo presto per esprimere un giudizio. Il nuovo codice è entrato in vigore ad aprile 2023, è diventato parzialmente efficace a luglio 2023 e solo da gennaio si applica nella sua interezza. Di fatto il nuovo sistema è a regime da poche settimane e, peraltro, in questo momento stanno emergendo grandi difficoltà nel rendere effettivamente operativo l'ecosistema di approvvigionamento digitale (e procurement), che è il perno attorno a cui ruota tutta la riforma. Si tratta comunque di una riforma ambiziosa, di cui si intravedono le potenzialità, perché segna un cambio di approccio del legislatore alla materia dei contratti pubblici. La concorrenza non è più il fine «imposto» dalle norme, ma uno dei mezzi da utilizzare per perseguire lo scopo del soddisfacimento dell'in-

teresse pubblico. Oggi l'obiettivo non è la gara in sé, ma la stipulazione di un contratto che assicuri prestazioni utili con il miglior rapporto qualità-tempo - prezzo. In questa ottica guardo con molto favore al fatto che non siano state riprodotte le previgenti disposizioni che, andando ben oltre le prescrizioni comunitarie, imponevano l'obbligo di gara per gli appalti di lavori relativi a ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari e edifici destinati a funzioni pubbliche aggiudicati da privati di importo superiore a un milione di euro e sovvenzionati con fondi pubblici in misura superiore al 50 per cento. Si tratta infatti di una novità che apre notevoli ambiti di semplificazione nell'attuazione, da parte dei privati, non solo degli interventi finanziati dal Pnrr, ma di molti altri interventi pubblici e cruciali per la crescita del Paese. Il fatto che il nuovo codice imponga l'inserimento di clausole revisionali del prezzo nei contratti pubblici è un altro elemento che dimostra il cambio di approccio del legislatore alla materia. La conservazione dell'equilibrio contrattuale, prima affidata alla discrezionalità della stazione appaltante, oggi si configura come un diritto dell'esecutore del contratto. E il fatto che, per rendere concretamente esercitabile questo diritto, si sia optato per il modello francese, passando dall'indicizzazione di categorie di opere a indici di costo applicati a tipologia di lavorazione, non è solo un fattore di semplificazione, ma anche di efficientamento del sistema. Con questo meccanismo sarà infatti il progettista, cioè il soggetto che meglio di tutti conosce le caratteristiche dell'opera, a dover definire i pesi delle varie lavorazioni. Si tratta di una novità che rende ancora più chiaro il concetto della «centralità del progetto». Il fatto che questo sistema verrà codificato in un atto regolamentare, e quindi imparziale e trasparente per definizione, potrebbe costituire l'occasione per una riflessione sull'opportunità di prevedere analoghi meccanismi revisionali automatici anche per aggiornare il valore complessivo delle opere ammesse a scomputo asseverato dalle convenzioni urbanistiche. È un'esperienza che il Comune di Milano aveva in qualche misura già fatto, con la circolare di agosto 2022 sul «caro prezzi» e che forse varrebbe la pena di replicare e mettere a sistema, prendendo spunto dall'evoluzione normativa in atto, per superare le enormi criticità che si riscontrano nell'aggiudicazione degli appalti a valle delle convenzioni urbanistiche».

© Riproduzione riservata

Supplemento a cura
di **Roberto Miliacca**
rmiliacca@italiaoggi.it
e **Gianni Macheda**
gmacheda@italiaoggi.it