Dal 31 dicembre 2024 diventano operative ulteriori semplificazioni al dlgs n. 36/2023

Codice appalti, il Correttivo fa chiarezza sui primi dubbi

Pagine a cura
DI FEDERICO UNNIA

Appalti, operative le prime correzioni del codice. Per dare ancora più linfa al settore, e preparare la strada alle opere post-Pnrr. Nel 2023 il valore complessivo degli appalti di importo pari o superiore a 40mila euro, si è attestato attorno ai 283,4 miliardi di euro, con una lieve flessione del 3,3% rispetto al 2022 (- 5,8 % relativamente ai settori ordinari). Una flessione dovuta al fatto che dal primo aprile 2023 è entrato in vigore il nuovo Codice appalti (dlgs. n. 36/2023), che ha portato un blocco delle indizioni di gare da parte delle pa. In questo contesto, a fine 2024 è entrato in vigore il cosiddetto «Correttivo appalti» (dlgs. n. 209 del 31 dicembre 2024) per chiarire alcuni dubbi operativi registrati nella prima fase, su temi quali i costi della manodopera, il subappalto, la revisione dei prezzi e il partenariato pubblico-privato. Anche se qualche aspetto, a detta degli addetti ai lavori, andrebbe ancora meglio chiarito.

«Va segnalato che lo schema di Decreto correttivo, nonostante il tema del ribasso dei costi della manodopera fosse stato oggetto di un significativo contrasto giurisprudenziale (dovuto alla infelice formulazione dell'art. 41, comma 14), nulla prevedeva sul punto», dice **Antonio Lirosi**, partner e co-responsabile del dipartimento di diritto amministrativo dello studio legale **Gianni & Origoni**. «Nel testo sottoposto all'approvazione del Consiglio dei ministri era prevista la soppressione del comma 14. Purtroppo, in sede di approvazione definitiva del Decreto correttivo, c'è stata una retromarcia del legislatore con la quale si è abbandonata l'ipotesi di vedere eliminato il comma 14 o di chiarirne il contenuto. La disposizione è rimasta invariata. Giustamente, si è parlato di un'occasione mancata e, quindi, spetterà alla giurisprudenza trovare il giusto punto di equilibrio. Sul punto del subappalto osservo che il CdS nel parere n. 1463/24 sul Correttivo ha evidenziato delle criticità e una palese sfasatura tra le intenzioni espresse nella Relazione illustrativa (favorire le pmi senza, però, incorrere nella reintroduzione di limiti all'utilizzo del subappalto, già stigmatizzati dalla Corte di Giustizia) e la reale portata delle modifiche introdotte, nelle quali tali intenzioni non trovano un formale riscontro. Il punto cruciale è che, come attualmente congegnata, la disposizione potrebbe presentare profili di criticità, atteso che (come segnalato dal CdS) solo se il suo contenuto sia interpretato nel senso che spetti all'operatore economico cosa in concreto intenda subappaltare, si può ritenere coerente la previsione di una percentuale da riservare alle pmi senza comprimere la libertà di iniziativa economica e l'autonomia imprenditoriale dell'operatore economico che intenda, invece, eseguire integralmente le prestazioni.

Non si può, quindi, escludere, salvo ulteriori interventi normativi, che la disposizione possa essere oggetto di un nuovo procedimento di infrazione».

«La disciplina che emerge dalle modifiche apportate si risolve nella impossibilità di prevedere l'indicazione, in sede di atti di gara, di un determinato contratto collettivo a pena di esclusione, nonché nell'introduzione di criteri atti a individuare il contratto collettivo applicabile e le forme con le quali accertare la equivalenza delle tutele», commenta **Filippo Arena**, partner di **Gatti Pavesi Bianchi Ludovici**. «Dovrebbero essere rese più certe e trasparenti le motivazioni delle decisioni delle stazioni appaltanti sul punto, contemperando il valore della tutela dei lavoratori con il diritto degli operatori economici di utilizzare forme organizzative più efficienti e idonee a ridurre i costi. Sul subappalto riscontro che la modifica è orientata ad ampliare la possibilità per le pmi di essere presenti nel settore degli appalti pubblici; non dovrebbe sussistere il rischio di possibili contrasti con la normativa europea, poiché la giurisprudenza della Corte di Giustizia aveva stigmatizzato l'esistenza di un limite, generale e astratto, alla possibilità di utilizzare il subappalto, mentre con la nuova previsione ci si limita a introdurre l'obbligo, salvo deroga motivata, di riservare alle pmi il 20% delle prestazioni che si intendono subappaltare (così va infatti letta la norma e non certo come obbligo di subappalto, pena l'inammissibile violazione della libertà dell'operatore economico di eseguire in proprio tutte le prestazioni). Uno scenario diverso da quello oggetto delle precedenti pronunce dei giudici europei. Come spesso accade in provvedimenti caratterizzati da un alto tasso di complessità, ci sono luci e ombre. Il correttivo si muove nell'ottica di una maggior semplificazione dei processi, prendendo spunto anche dalla prima esperienza applicativa e tenendo conto delle pronunce giurisdizionali intervenute nel frattempo. Valorizzando questa prospettiva, il giudizio sul testo adottato è, nel complesso, positivo».

«Il modello verso cui ci si è orientati è quello di una aggregazione performante delle pmi ma che lascia alle aziende la loro autonomia e identità, valore distintivo del Made in Italy» spiega **Nunzio Bevilacqua**, giurista d'impresa ed esperto di commercio internazionale. «Il settore degli impianti ha una caratterizzazione particolarmente tecnologica ma c'è la necessità di sopperire a carenze strutturali, logistiche e organizzative che possano escludere le pmi dalle competizioni del presente. Per questo una messa a fattore comune delle competenze e qualificazioni delle pmi, analisi di gare sempre più complesse, possono rappresentare la strada non solo per una crescita dimensionale ma per una maturità comportamentale affinché da dipendenza dalla grande impresa si passi ad essere una opportunità insostituibile, (da tutelare) per la stessa grande impresa, ma senza forme di suddittanza psicologica o gabbie mentali di poter operare solo in subappalto».

«La previsione di una quota riservata pari al 20% delle prestazioni subappaltabili in favore delle pmi va verso la massima partecipazione di tali imprese nelle gare pubbliche, con la consapevolezza che questi operatori economici costituiscono la trama portante del mercato dei contratti pubblici», dicono **Roberto Ferraresi**, fondatore e senior partner, e **Maria Novella Di Giandomenico**, senior Associate dello Studio legale **Lipani – Legal & Tax**. «Questa previsione dovrebbe scongiurare il rischio di incorrere in nuove procedure di infrazione della Commissione europea in quanto espressione dei principi pro-concorrenziali di matrice euro-unitaria. L'articolazione di un nuovo meccanismo per la revisione dei prezzi è frutto di un ampio confronto non solo tra le amministrazioni interessate, ma anche con gli operatori di settore, maturato in un apposito Tavolo tecnico costituito presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Le modifiche introdotte all'art. 175 del Codice dei contratti pubblici, in tema di PPP, appaiono ad un primo esame più attrattive tanto per gli investitori istituzionali quanto per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi. Occorre considerare l'introduzione, non solo, della semplificazione delle procedure (anche attraverso il rinvio a contratti-tipo che saranno predisposti a cura della presidenza del Consiglio dei ministri), ma anche degli strumenti in grado di incentivare le imprese a partecipare agli affidamenti e, comunque, alla realizzazione di interventi anche di interesse pubblico».

«Non ci sono differenze che giustifichino una diversa disciplina della revisione prezzi tra lavori e servizi e forniture», dice **Andrea Stefanelli**, co-fondatore dello studio legale **Stefanelli&Stefanelli**. «La previsione secondo cui nel caso di lavori scatta l'obbligo di revisione prezzi per variazioni che superano il 3% mentre per servizi e forniture la revisione opera solo per variazioni che superano il 5%, unita alla previsione secondo cui la revisione si applica nel caso di lavori sull'90% e nel caso di servizi e forniture sull' 80 % della variazione, è una discriminazione dei fornitori di beni e servizi che, ricordiamo, erano stati già penalizzati e discriminati dalla normativa speciale che, a fronte di aumenti delle materie prime, aveva introdotto forme di compensazione dei prezzi applicabili solo ai lavori». Il Correttivo ha apportato un'importante novità in materia di concessioni (art. 177), stabilendo che il rischio operativo (che deve obbligatoriamente rimanere in capo al concessionario per tutta la durata del contratto) non dipende più da «fattori eccezionali, non prevedibili e non imputabili alle parti» quanto piuttosto – e ben diversamente – da «fattori esterni, non soggetti al controllo delle parti». «Ciò consente d'estendere l'applicabilità di detta tipologia contrattuale a un numero molto più ampio di rapporti e, considerato che la concessione ha natura «attiva» (la P.A. incassa dei soldi, anziché spenderli), ben si comprende l'importanza strategica di tale modifica. Tuttavia è nell'ambito della cd. Finanza di progetto che si ascrivono le modifiche più rilevanti. Il legislatore ha profondamente innovato l'art. 193 del Codice appalti, introducendo una «preliminare manifestazione d'interesse» che consente al privato promotore, e a tutti gli operatori economici interessati, di sapere se l'amministrazione è interessata al Progetto che s'intende proporre evitando in tal modo, in caso di mancato interesse pubblico, di sostenere le spese per la redazione di un progetto di cui comunque la Pa non si mostra interessata. Qualora poi un progetto venga approvato dall'amministrazione, secondo la precedente stesura era messo direttamente in gara mentre ora la Pa consente anche ad altri operatori economici di presentare progetti relativi al medesimo intervento, tra cui poi sceglierà il progetto e/o i progetti che verranno effettivamente messi in gara. In questo modo l'iniziativa privata innesta un procedimento che la Pa apre anche ad altri soggetti privati in grado d'offrire progetti magari migliori rispetto a quello dell'iniziale Proponente, il quale quindi non sarà più premiato «solo» per aver avuto l'idea iniziale, ma se saprà anche offrire il progetto più efficace».

«Migliorare il livello di partecipazione delle pmi al mercato dei contratti pubblici è un obiettivo comune del legislatore nazionale e di quello europeo, che già si riflette nella suddivisione in lotti, nei criteri premiali e nella riduzione delle garanzie», dice **Mario Di Carlo,** partner di **Ristuccia Tufarelli & Partners**. «Tuttavia, un meccanismo rigido nell'an e nel quantum rischia di essere contrario alle direttive, in quanto comprime la libertà di organizzazione dell'offerente in una maniera che potrebbe facilmente rivelarsi sproporzionata e irragionevole, pur essendo possibile per la stazione appaltante (SA) escludere l'applicazione di questa quota in ragione dell'oggetto dell'appalto. Limitarsi a facoltizzare le SA ad applicare tale vincolo ove opportuno si sarebbe esposto meno a tali critiche. L'introduzione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale all'interno del Codice Appalti, avvenuta dopo i noti rialzi dei prezzi dovuti alla pandemia e al conflitto russo-ucraino, è stata accolta con favore dagli operatori economici. La differente disciplina introdotta dal Correttivo sulla revisione prezzi all'art. 60 e all'Allegato II bis si pone a svantaggio degli operatori economici nel settore dei servizi e forniture rispetto a quelli del settore dei lavori. Disciplinare diverse procedure di verifica dei costi è convincente, non lo è stabilire diverse soglie di rilevanza di tali modifiche né diverse franchigie per il riequilibrio. Cresce certamente la necessità di un approccio interdisciplinare e non solo sotto il profilo giuridico».

«Il Correttivo ha previsto l'introduzione del parametro del «costo medio del lavoro», determinato di anno in anno dal MLPS sulla base di valori eco-

Riservate alle pmi il 20% delle prestazioni subappaltabili

nomici di settore più rappresentativi, anche in considerazione delle dimensioni o della natura giuridica delle imprese», spiega **Carmen Leo**, equity partner di **LCA Studio legale**. «La modifica offre un parametro più oggettivo di quantificazione dei costi della manodopera, ma non scioglie i dubbi interpretativi maturati sulla disposizione normativa in merito al ribasso dei costi della manodopera. Noto, inoltre, che il legislatore avrebbe potuto meglio favorire un maggior utilizzo del PPP per creare infrastrutture, per riqualificare il patrimonio pubblico, per raggiungere gli obiettivi della Direttiva comunitaria Case Green, non aggravando la fase preliminare della procedura con la presentazione di proposte concorrenti a quella del promotore e la valutazione comparata delle stesse. Introdurre fasi preliminari di evidenza pubblica, anticipando la concorrenza sulla proposta del promotore senza attendere l'esperimento della procedura di gara sulla proposta valutata fattibile, può aggravare gli oneri istruttori delle amministrazioni, anticipare il rischio di contenzioso già in questa fase e così rendere la procedura più aleatoria, lunga ed onerosa per privati ed investitori. Il Correttivo in linea teorica potrebbe rivelarsi un intervento migliorativo per il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e pubblicità; tuttavia restano non risolte le esigenze di semplificazione delle procedure e in tema di digitalizzazione occorre rendere più sicure e facilmente accessibili le piattaforme».

«Le Direttive europee in materia di appalti pubblici prevedono la possibilità per gli Stati membri di adottare misure di favore per le Pmi. Ma i destinatari di queste previsioni sono le stazioni appaltanti nell'attività di progettazione e di regolazione del singolo appalto», dice **Angela Ruotolo**, counsel di **SI – Studio Inzaghi**. «Il Correttivo impone direttamente alle imprese aggiudicatarie di riservare una quota fissa di lavori alle Pmi, se decidono di ricorrere al subappalto, indipendentemente dalle caratteristiche dell'appalto e dell'impatto di un eventuale frazionamento del subappalto su costi ed efficienza nella sua esecuzione. A mio avviso la «riserva» obbligatoria di subappalto alle pmi è un nuovo vincolo ingiustificato e sproporzionato alla possibilità di subappalto per le imprese aggiudicatarie, non diverso da quello già previsto dalla precedente normativa e che la Commissione, prima e la Corte di Giustizia Ue, poi, hanno censurato per il contrasto con i principi di concorrenza e autonomia delle imprese discendenti dal Trattato». Dubbi anche sulla revisione dei prezzi: «Questa differenza di regime è ingiustificata, in particolare per il settore dei servizi ad alta intensità di manodopera, poiché incide concretamente sulla possibilità di adottare politiche di aumento dei salari da parte delle imprese del settore. Mentre per i lavori la soglia della revisione prezzi è stata abbassata dal 5% al 3% con il riconoscimento del 90% dei costi sopraggiunti per motivi oggettivi, per i servizi e le forniture è invece rimasta inspiegabilmente invariata al 5%, con il riconoscimento dell'80% e solo sulla cifra eccedente. L'elemento più critico del Correttivo è dato dal fatto che il dlgs 31 dicembre 2024, n. 209 è entrato in vigore immediatamente, senza la previsione di alcuna disposizione transitoria. E ciò nonostante si tratti di un provvedimento che contiene una vera e propria riscrittura del Codice del 2023, visto che il Correttivo ha apportato modifiche a 67 articoli; la sostituzione di 1 articolo; l'inserimento di 2 nuovi articoli; l'abrogazione di 1 articolo; modifiche a 19 allegati; la sostituzione di 1 allegato e l'inserimento di 3 nuovi allegati e che tutte queste modifiche, costituenti una vera riforma nella riforma, sono destinate ad applicarsi anche alle procedure già in corso. Ciò comporterà una nuova paralisi del settore, tanto poco opportuna vista l'ormai imminente scadenza del Pnrr e il fatto che il 18 luglio scorso la Commissione ha annunciato al Parlamento europeo la revisione delle direttive sugli appalti pubblici per modernizzare e semplificare le norme in materia, tenendo in particolare presenti le start-up e gli innovatori dell'Ue».

«La differente disciplina sulla revisione dei prezzi può ritenersi giustificata dalla non sovrapponibilità dei mercati afferenti ai diversi settori e dalla differente incidenza delle variazioni dei prezzi, in relazione al complessivo equilibrio contrattuale, anche alla luce delle caratteristiche intrinseche delle prestazioni qualificanti le diverse tipologie contrattuali», dice **Federica Salmoiraghi**, senior associate di **Orsingher Ortu Ø Avvocati Associati**. «È opportuno un monitoraggio attento al fine di assicurare tutela effettiva e costante nel tempo a tutti i settori in base all'andamento dei prezzi al relativo impatto in concreto. Il Correttivo è intervenuto anche sulla finanza di progetto per attuare gli impegni Pnrr, assicurare trasparenza e pubblicità nella selezione delle proposte di progetto di fattibilità e incentivarne l'utilizzo. Tra le novità, la riscrittura dell'art. 193 del Codice, distinguendo tra procedure a iniziativa pubblica e privata. Vi è anche incremento e diversificazione dei passaggi procedimentali. Occorre attendere la risposta del mercato e la concreta applicazione della normativa per poter valutare l'efficacia delle modifiche rispetto agli obiettivi. Il Correttivo mira all'obiettivo di razionalizzazione e semplificazione del Codice. L'intervento è un passo importante verso tale obiettivo, ma per una compiuta valutazione della sua reale efficacia e delle perduranti criticità occorre attendere l'applicazione che si svilupperà nel medio periodo».

Più prudente **Antonio Pavan**, counsel di **Rucellai & Raffaelli** secondo il quale «il Correttivo, attraverso il combinato disposto di cui agli artt. 11 e 41, comma 14 non corregge o, quanto meno, non chiarisce: da una parte si richiede che i ccnl applicabili siano indicati nei documenti iniziali di gara ma poi, per gli affidamenti diretti, si richiama, l'art. 17, comma 2, che non è un «documento iniziale» ma, semmai, «finale», visto che individua «l'oggetto, l'importo e il contraente», con il rischio, pertanto, di rimettere all'OE la scelta del Ccnl. Dall'altra, il comma 14, prevede che la SA, nel determinare l'importo a base d'asta, specifichi nei documenti i costi della manodopera e della sicurezza, separandoli dall'importo soggetto a ribasso. Il che farebbe pensare che questi costi non siano soggetti a ribasso se non fosse che il comma 14, chiude facendo salva la facoltà per l'OE «di dimostrare che il ribasso complessivo è giustificato da un'organizzazione aziendale più efficiente». Aggiungo che uno degli aspetti più innovativi del Codice è stata la previsione del principio di «conservazione dell'equilibrio contrattuale del contratto» da cui è derivato l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara «clausole di revisione prezzi». L'introduzione del meccanismo della revisione dei prezzi è una conquista importante. Sulla differenziazione introdotta dal Correttivo (per i lavori, la revisione opera per variazioni superiori al 3% del valore complessivo e nella misura del 90% della parte eccedente; negli appalti di servizi e forniture, invece, per variazioni superiori al 5% e nella misura dell'80% della parte eccedente) è difficile esprimere un giudizio. È ragionevole ritenere che, alla base, ci sia stato uno studio dei numeri di questi due mercati: sulla base dei dati Anac, nel 2023 il mercato dei lavori ha raggiunto quasi i 98 miliardi, mentre quello dei servizi e forniture, complessivamente 186 mld».

© Riproduzione riservata

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

MARCO GIUSTINIANI, CO-MANAGING PARTNER PAVIA E ANSALDO E CONSIGLIERE GIURIDICO PDCM

Una normativa che ora deve giovarsi di stabilità nel tempo

«Il decreto legislativo 36 del 2023 è un buon Codice; dopo il Correttivo lo è un po' di più. Ogni atto normativo, come qualsiasi prodotto dell'uomo, resta certamente perfettibile, e - sì - si sarebbe potuto fare di più (o in alcuni punti sarebbe stato forse meglio fare un po' di meno)», dice ad *Affari Legali* **Marco Giustiniani**, co-managing partner di **Pavia e Ansaldo** e Consigliere giuridico Commissario straordinario Ricostruzione post sisma 2016 - PdCM. «Quando si mette mano a una delle discipline più sensibili per l'economia e la vita stessa di una nazione (come lo sono i contratti pubblici) le richieste degli stakeholders e gli input provenienti dal mercato sono numerosi e spesso in contrasto tra loro. Il rischio di non accontentare tutti, di non prevedere tutto, è elevato. Ma una volta che la norma sia approvata occorre avere il coraggio di lasciarle fare il proprio lavoro, lasciarla sedimentare e generare quelle prassi applicative standard la cui ripetizione è in grado di dare sicurezza al mercato e agli operatori. In sostanza, il legislatore non deve necessariamente cercare la norma perfetta, ma potrebbe anche accontentarsi di una buona norma che possa però giovarsi della stabilità nel tempo».

Domanda. Qual è la maggiore novità del Correttivo?

Risposta. Sui rapporti tra contratti pubblici e Ccnl, il Correttivo cerca di fare chiarezza muovendosi nel sottile confine tra la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost), le guarentigie costituzionale dei sindacati (art. 39 Cost.) e il rischio di dumping contrattuale (ossia la scelta del ccnl più conveniente allo scopo di formulare offerte più competitive a scapito dei diritti dei lavoratori). Il Correttivo inserisce tout court un nuovo Allegato (I.01) al Codice che, per un verso, stabilisce i criteri sulla base dei quali le amministrazioni scelgono il ccnl applicabile al personale impiegato; e, dall'altro, fissa i limiti entro i quali i concorrenti possano optare in offerta per un ccnl diverso. L'Allegato prevede, infine, le modalità con le quali le amministrazioni valutano l'equivalenza o meno tra il ccnl indicato nel bando di gara con quello eventualmente diverso dell'aggiudicatario. Il controllo andrà fatto sulla base di parametri connessi alle tutele economiche (retribuzione, indennità ecc.) e normative previste nei contratti collettivi oggetto di confronto. A fini di semplificazione, il Correttivo ha previsto una presunzione di equivalenza tra contratti collettivi firmati dalle medesime organizzazioni sindacali con organizzazioni datoriali diverse a condizione che ai lavoratori dell'aggiudicatario sia applicato il ccnl corrispondente alla dimensione o alla natura giuridica dell'impresa».

Marco Giustiniani

D. La norma che riserva lavori alle pmi nei subappalti potrebbe essere contestata dall'Ue?

R. Non penso che la riserva del 20% delle prestazioni subappaltabili a favore delle pmi possa generare dei problemi di infrazione del diritto europeo. In passato, la Commissione e la Corte di Giustizia Ue avevano contestato le soglie massime di subappalto previste dal diritto italiano perché erano genericamente previste per tutti i contratti; e ciò, in particolare, per timori specifici del nostro legislatore in ordine alla maggiore permeabilità delle imprese subappaltatrici a possibili infiltrazioni della criminalità organizzata. Insomma, l'Ue non esclude la possibilità di limitazione del subappalto, ma questa può avvenire in virtù di una valutazione fatta caso per caso. La riserva a favore delle pmi rappresenta una clausola pro-concorrenziale finalizzata ad aprire il mercato delle commesse pubbliche a operatori di piccole dimensioni, così da far loro acquisire *expertise* e, quindi, requisiti per partecipare in proprio a future procedure di affidamento. L'unico dubbio è che tale riserva generi adempimenti ulteriori a carico degli appaltatori, rendendo più complessa la fase di esecuzione contrattuale».

© Riproduzione riservata