

AUDIZIONI CONFEDILIZIA – 2019

**COMMISSIONE LAVORI PUBBLICI, COMUNICAZIONI
DEL SENATO DELLA REPUBBLICA**

**Audizione di Confedilizia
nell'ambito dell'indagine conoscitiva sull'applicazione del codice dei contratti pubblici**

Roma, 13 febbraio 2019

Proposte di modifica di alcune disposizioni normative del d.lgs. n. 50/16 e s.m.i.

TABELLA RIASSUNTIVA DELLA PROPOSTE DI MODIFICA

	DESCRIZIONE DELLA PROBLEMATIC	ARTICOLO DEL D. LGS. 50/2016 e s. m. i. (il "Codice") NELLA FORMULAZIONE VIGENTE	PROPOSTA DI MODIFICA	RAGIONI A FONDAMENTO DELLA PROPOSTA DI MODIFICA				
1	<p>Problematica inerente la dichiarazione del possesso dei requisiti generali da parte dell'operatore economico che intende partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica</p>	<p>(A) L'art. 80 del Codice formula in maniera poco intellegibile la dichiarazione dei requisiti generali che deve essere resa dall'operatore economico. Il suindicato articolo è troppo lungo, i commi non sono coordinati e manca un elenco complessivo dei requisiti di ordine generale da dichiarare.</p> <p>(B) Il Decreto Legge 14 dicembre 2018, n. 135 rubricato "<i>Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione</i>" (il c.d. "Decreto Semplificazioni") ha modificato l'art. 80 comma 5 del Codice, introducendo le lettere c bis) e c ter)</p> <table border="1" data-bbox="495 986 1272 1134"> <thead> <tr> <th data-bbox="495 986 884 1134">Nuova formulazione introdotta dal Decreto Semplificazioni</th> <th data-bbox="884 986 1272 1134">Previgente formulazione</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="495 1134 884 1391">c) <i>la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o</i></td> <td data-bbox="884 1134 1272 1391">c) <i>la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi</i></td> </tr> </tbody> </table>	Nuova formulazione introdotta dal Decreto Semplificazioni	Previgente formulazione	c) <i>la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o</i>	c) <i>la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi</i>	<p>(A) Riscrivere l'art. 80 in modo che tale articolo costituisca una dichiarazione in forma di elenco dei requisiti generali da possedere.</p> <p>(B) Inserire - nell'ambito della norma o tramite la previsione di specifiche linee guida da parte dell'ANAC - dei criteri di valutazione per la gravità dei reati professionali che costituiscano dei parametri di riferimento per tutte le stazioni appaltanti.</p>	<p>(A) Consentire ai concorrenti di rendere la dichiarazione del possesso dei requisiti generali rinviando direttamente all'art. 80 del Codice oppure trasponendo il contenuto dell'art. 80 nella dichiarazione.</p>
Nuova formulazione introdotta dal Decreto Semplificazioni	Previgente formulazione							
c) <i>la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o</i>	c) <i>la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi</i>							

		<p>affidabilità;</p> <p>c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia ommesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;</p> <p>c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione</p>	<p>rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione</p>		
--	--	---	--	--	--

	<p><i>appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa</i></p> <p>Ai sensi dell'art. 5 comma 2 del Decreto, la suindicata modifica si applica:</p> <ul style="list-style-type: none"> - in caso di procedure con pubblicazione del bando o dell'avviso di gara, <i>“alle procedure i cui bandi o avvisi, con i quali si indicano le gare, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore”</i> del Decreto Semplificazioni (i.e. 15/12/2018); - (in caso di procedure senza la pubblicazione del bando o dell'avviso di gara) <i>“alle procedure in cui, alla medesima data (i.e. 15/12/2018) non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte”</i>. <p><u>Commento:</u></p> <p>La modifica in commento avrebbe dovuto sanare la gravi incertezze ermeneutiche che hanno caratterizzato l'applicazione della previgente versione della lettera c) dell'Art. 80 comma 5 del Codice.</p> <p>Invero, il Legislatore si è limitato ad una sostanziale omologazione del dettato normativo a quanto disposto dall'art. 57 paragrafo 4 della direttiva europea 2014/24/UE.</p> <p>Tale norma, infatti, considera in maniera autonoma le singole ipotesi di esclusione - oggi previste alle lettere c), c-bis) c-ter) - a</p>			
--	--	--	--	--

		<p>differenza di quanto veniva disposto dalla precedente formulazione dell'art. 80 comma 5 lett. c) in cui le suddette ipotesi erano da considerarsi come esempi di fattispecie che rendevano dubbia l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico.</p> <p>Pertanto, se da un punto di vista meramente formale l'attuale formulazione risulta comunque più chiara e conforme alla normativa comunitaria, sembrerebbero comunque permanere dubbi in merito alla capacità della modifica introdotta dal Decreto Semplificazioni di sanare i contrasti interpretativi sorti in sede di applicazione della stessa.</p> <p>In particolare, in merito all'attuale lett. c), rimane in capo alle stazioni appaltanti un'ampia discrezionalità in ordine, sia alla valutazione della "gravità" degli illeciti, sia in merito alla stima dell'incidenza di tali illeciti professionali sull'integrità o affidabilità degli operatori economici</p>		
2	<p>Problematica inerente la modificazione soggettiva di un Costituendo Raggruppamento di imprese tra la fase della gara successiva all'aggiudicazione al Costituendo RTI e la stipula del Contratto.</p>	<p>L'art. 48 del Codice, ai commi 17 e 18, disciplina le modifiche soggettive del raggruppamento senza prevedere espressamente l'applicazione di tali norme anche ai costituenti raggruppamenti, così come definiti dall'art. 48 comma 8 del Codice (cfr. art. 48 comma 8 del Codice: <i>"E' consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d) ed e), anche se non ancora costituiti"</i>).</p> <p>Il comma 19 - bis del Codice, introdotto dal Correttivo, prevede che <i>"Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b), c) ed e)"</i>.</p>	<p>Modificare il comma 19 - bis del Codice introducendo il riferimento anche ai RTI Costituendi.</p> <p><u>Articolo modificato:</u></p> <p><i>"Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b), c) ed e), <u>anche se non ancora costituiti ai sensi</u></i></p>	<p>Tale modifica consentirebbe di disciplinare una ipotesi frequente nella prassi, ossia quando una gara viene aggiudicata ad un Costituendo RTI, ma nelle more della stipula del contratto sopraggiunge un evento che modifica la composizione del Costituendo RTI.</p>

			<u>dell'art. 48 comma 8 del Codice</u> ".	
3	Problematica inerente la mancanza di una adeguata regolamentazione delle Riserve	Il Decreto 7 marzo 2018 n. 49 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha abrogato, all'art. 28, gli articoli da 178 a 210 del D.P.R. 207/2010 che disciplinava le riserve.	Prevedere una nuova regolamentazione delle riserve all'interno del Codice.	<p>La mancanza di tale disciplina rende il meccanismo delle riserve incerto e rimesso interamente alla discrezionalità della stazione appaltante.</p> <p>Uno strumento così delicato ed importante per la fase di esecuzione dei contratti pubblici meriterebbe invero apposita e dettagliata regolamentazione non nei documenti di gara bensì nell'ambito del corpus normativo del Codice.</p>
4	Problematica inerente la mancanza di una definizione certa della categoria dei "contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura" che l'art. 105 comma 3, lett.	L'art. 105, comma 3, lett. c bis) del Codice nel definire quelle categorie di forniture o servizi che per le loro specificità non possono configurarsi come attività affidate in subappalto, specifica alla lettera c-bis che: " <i>le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto al comma 3 lettera c-bis)</i> ".	Specificare nel dettaglio cosa si deve intendere per " <i>prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura</i> ".	La formulazione attuale potrebbe costituire uno strumento per eludere i vincoli e i controlli previsti per il subappalto, non essendo previsto né un limite percentuale né un sistema di controlli.

	c bis) del Codice esclude dalla nozione di subappalto			
5	Problematica inerente la mancanza di un coordinamento tra le norme disciplinanti le procedure di scelta del contraente nei settori speciali, con le norme applicabili ai settori ordinari.	L'art. 122 del Codice, disciplina nei settori speciali le <i>“Procedure di scelta del contraente”</i> prevedendo quanto segue: <i>“Con riferimento alle procedure di scelta del contraente, gli enti aggiudicatori nei settori speciali applicano, per quanto compatibili con le norme di cui alla presente Sezione, i seguenti articoli della Parte II, Titolo III, Capi II e III: 60, salvo che la disposizione sull'avviso di preinformazione si intende riferita all'avviso periodico indicativo; 61, commi 1 e 2, con la precisazione che il termine di 30 giorni ivi previsto può essere ridotto fino a quindici giorni, nonché commi 3 e 5; 64 con la precisazione che il termine di trenta giorni per la ricezione delle domande di partecipazione di cui al comma 3, può essere ridotto fino a quindici giorni, qualora sia stato pubblicato un avviso periodico indicativo e sia stato trasmesso un invito a confermare interesse; 65; 66; 67; 68; 69; 73 e 74. Si applicano altresì le disposizioni di cui agli articoli da 123 a 132”.</i>	Riscrivere questo articolo indicando i criteri di collegamento delle singole norme con i particolari principi che regolano il regime dei settori speciali.	Nella prassi si verificano spesso ipotesi di incertezza applicativa dovuta al generico richiamo di norme applicabili ai settori ordinari senza però specificare i criteri di applicazione in un settore che, essendo tutto incentrato su particolari esigenze, vive di deroghe al settore ordinario. Per questo il mero richiamo di una norma valida per i settori ordinari spesso lascia l'interprete in una situazione di incertezza.
6	Problematica inerente l'espresso divieto per le amministrazioni aggiudicatrici di procedere agli affidamenti di concessioni autostradali	L'art. 178 del Codice, rubricato <i>“Norme in materia di concessioni autostradali e particolare regime transitorio”</i> , al comma 8- bis introdotto dal Correttivo prevede attualmente che: <i>“Le amministrazioni non possono procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'articolo 183”.</i>	Si propone una modifica intesa a consentire l'utilizzo della finanza di progetto anche nel delicato settore delle concessioni autostradali.	Tale divieto, appare infatti in palese contrasto con la necessità di aprire il settore degli investimenti infrastrutturali alla finanza privata.

	scadute o in scadenza ricorrendo all'istituto della finanza di progetto.			
7	Problematica inerente l'applicabilità delle norme disciplinanti la finanza di progetto anche a servizi e forniture.	<p>L'art. 183 del Codice, primo comma prevede che:</p> <p><i>“Per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, ivi inclusi quelli relativi alle strutture dedicate alla nautica da diporto, inseriti negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, ivi inclusi i Piani dei porti, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati, le amministrazioni aggiudicatrici possono, in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi della parte III, affidare una concessione ponendo a base di gara il progetto di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti.”</i></p>	Si propone di modificare la norma in commento inserendo nel testo il riferimento anche ai servizi ed alle forniture.	In questo modo si potrebbe definitivamente superare il problema applicativo relativo al <i>project financing</i> avente ad oggetto non solo lavori.
8	Problematica inerente il pagamento dei subappaltatori da parte della stazione appaltante.	<p>L'art. 105 comma 13 del Codice prevede che:</p> <p><i>“La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:</i></p> <p><i>a) quando il subappaltatore o il cottimista è una micro-impresa o piccola impresa;</i></p>	Si propone di modificare la norma nel senso di consentire al subappaltatore di essere pagato direttamente dalla stazione appaltante in ogni caso, e non soltanto al ricorrere delle ipotesi specificatamente previste.	La modifica in commento oltre a garantire una maggiore sicurezza dei pagamenti in favore dei subappaltatori, avrebbe come conseguenza quella di evitare che inadempimenti dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore possano avere ripercussioni su tempi e modi dell'esecuzione

		<p>b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;</p> <p>c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente”.</p>		dell'appalto.
9	<p>Problematica inerente la dichiarazione dei requisiti speciali da parte del soggetto privato che propone una proposta di finanzia di progetto</p>	<p>L'art. 183 del Codice, al comma 15, disciplinante la finanzia di progetto ad iniziativa privata, prevede che “<i>La proposta (di project financing avanzata dal privato) è corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 17, dalla cauzione di cui all'articolo 93, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara</i>”</p> <p>Il comma 17 dell'art. 183 del Codice, sopra richiamato, prevede che “<i>possono presentare le proposte di cui al comma 15, primo periodo, i soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8, nonché i soggetti con i requisiti per partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici anche per servizi di progettazione eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi</i>”</p> <p>A sua volta, il comma 8 dell'art. 183 del Codice dispone che “<i>alla procedura sono ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti per i concessionari, anche associando o consorziando altri soggetti, ferma restando l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80</i>”.</p> <p>L'art. 170 del Codice, rubricato “<i>Requisiti tecnici e funzionali</i>”, contenuto nella Parte III del Codice, disciplinante i “<i>Contratti di concessione</i>”, prevede quanto segue:</p> <p>“<i>1. I requisiti tecnici e funzionali dei lavori da eseguire o dei servizi</i></p>	<p>Dalla complessa serie di rinvii normativi descritta nella colonna che precede, non appaiono facilmente desumibili in concreto quali sono i requisiti speciali che il soggetto privato che propone una proposta di project financing deve dichiarare di possedere al momento della presentazione della proposta stessa all'amministrazione (la quale, poi, dovrà valutare tale proposta).</p> <p>E' dunque necessario effettuare una semplificazione normativa che chiarisca – direttamente nel testo dell'art. 183 comma 15 del Codice – quali soni i requisiti che il soggetto privato che propone una proposta di project financing deve dichiarare di possedere al momento della</p>	<p>La modifica in commento potrebbe agevolare l'utilizzo dello strumento della finanzia di progetto, rendendo più facile la presentazione di proposta di project financing da parte di soggetti privati.</p>

	<p><i>da fornire oggetto della concessione sono definiti nei documenti di gara. Tali requisiti possono riferirsi anche allo specifico processo di produzione o di esecuzione dei lavori o di fornitura dei servizi richiesti, a condizione che siano collegati all'oggetto del contratto e commisurati al valore e agli obiettivi dello stesso. I requisiti tecnici e funzionali possono includere, sulla base delle richieste formulate dalle stazioni appaltanti, livelli di qualità, livelli di prestazione ambientale ed effetti sul clima, progettazione per tutti i requisiti (compresa l'accessibilità per le persone con disabilità) e la valutazione di conformità, l'esecuzione, la sicurezza o le dimensioni, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, la marcatura e l'etichettatura o le istruzioni per l'uso."</i></p>	<p>presentazione della proposta stessa</p>	
--	--	--	--