

MEMORIA

Proposte di modifica al Codice dei contratti pubblici

Camera dei Deputati

VIII Commissione (Ambiente, territorio e lavori pubblici)



Il presente documento raccoglie alcune possibili proposte di modifica elaborate da RFI al testo del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, recante il Codice dei contratti pubblici.

Le proposte di modifica di seguito indicate, che hanno il fine di fronteggiare le criticità riscontrate in attuazione del suddetto Codice indicando possibili linee di indirizzo normativo per il superamento delle stesse, riguardano tematiche di carattere generale e trasversale, ritenute di maggior impatto per l'operatività di RFI nel settore degli appalti relativi alle infrastrutture ferroviarie e sono state raccolte e sintetizzate - al fine di agevolarne la lettura e la comprensione - in tre sezioni, secondo i seguenti tre criteri:

- A) CRITICITA' INTEPRETATIVE: in questa sezione sono segnalate le più rilevanti difficoltà interpretative che si sono riscontrate nella prassi applicativa, in relazione a formulazioni testuali delle norme codicistiche potenzialmente ambigue.
- B) DISALLINEAMENTI TESTUALI: in questa sezione sono segnalati refusi, errori materiali o errori di coordinamento fra le disposizioni del Codice e tra il Codice i suoi allegati.
- C) MODIFICHE SOSTANZIALI: in questa sezione sono indicati gli istituti che hanno registrato criticità nella prassi applicativa, in relazione ai quali si ritiene necessario intervenire nel merito attraverso un intervento normativo.

In ciascuna delle proposte di modifica è indicato il numero dell'articolo del Codice cui si riferisce.

Per completezza di informazione si rende noto che alcune delle proposte di modifica del Codice qui illustrate sono state già veicolate al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in occasione di una apposita consultazione avente ad oggetto la revisione del Codice dei Contratti Pubblici, aperta dal medesimo Ministero nel mese di luglio 2024.



SEZIONE A

Criticità interpretative.

1) Contratti esclusi (art. 13, c. 2)

È dubbio se all'affidamento dei contratti esclusi trovi applicazione l'art. 13, co. 5 e, in particolare, i principi di cui agli articoli 1, 2 e 3.

Gli artt. 56, 142, 143, 144 e 145 escludono l'applicazione delle disposizioni del codice ai contratti esclusi nei settori ordinari e speciali, trattandosi di contratti che “non rientrano nel campo di applicazione del codice” (cfr. definizione contratti esclusi ex art. 2, co. 1, lett. m, dell'All. I.1 Codice).

La Relazione illustrativa del Consiglio di Stato chiarisce che: “il comma 5 prevede una disciplina di specie per quei contratti a titolo gratuito che offrono opportunità di guadagno economico anche indiretto”.

Si propone di riformulare l'art. 13, co. 5, come segue:

“5. L'affidamento dei contratti a titolo gratuito di cui al comma 2 che offrono opportunità di guadagno economico, anche indiretto, avviene tenendo conto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3.”

In tal senso, si assicura conformità alle direttive UE nn. 23/24/25 che escludono per ragioni di politica legislativa i contratti esclusi dal loro ambito di applicazione, come già confermato in relazione ai servizi legali (CGUE, V Sez., 6 giugno 2019, causa C-264/18).

Per evitare antinomie con la disciplina dei contratti di concessione, si propone di riformulare anche l'art. 181, mediante l'eliminazione del comma 3 che estende attualmente l'applicazione di tutti i principi (artt. 1- 11) all'affidamento dei contratti di concessione esclusi.

2) Norme procedurali e processuali in tema di accesso (art. 36, c. 1)

In ragione del difficile coordinamento tra le esigenze di conoscibilità della documentazione di gara a tutela dei partecipanti alle procedure di gara e la tutela della riservatezza con riguardo ai dati sensibili e giudiziari, si chiede di chiarire espressamente se i documenti a comprova del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara in capo all'aggiudicatario, ivi inclusi i documenti contenenti dati giudiziari, debbano essere o meno resi disponibili ai concorrenti attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale in uso alla stazione appaltante. In caso affermativo, si chiede, altresì, che la predetta disposizione venga coordinata con la disciplina vigente in materia di privacy e riservatezza e che venga chiarito, in particolare, se ed eventualmente in quali casi i



suddetti dati personali debbano essere oggetto di oscuramento prima di essere messi a disposizione degli altri operatori economici concorrenti alla procedura di gara.

3) Revisione prezzi (art. 60, c. 1)

Al fine di assicurare un'applicazione omogenea del meccanismo revisionale da parte delle stazioni appalti, previa conferma che per costo dell'opera debba intendersi l'importo del contratto stipulato, si chiede di chiarire in via interpretativa che il meccanismo di revisione prezzi, in aumento o in diminuzione, trova applicazione per la percentuale eccedente il 5% per cento e comunque in misura pari all'80 per cento di detta eccedenza. Ciò in continuità con analoghi meccanismi introdotti dalla normativa emergenziale, in coerenza con il principio secondo cui le variazioni inferiori alla soglia sono "di competenza" dell'operatore economico, mentre quelle superiori sono a carico della committente (nel limite dell'80%) ed in linea con la ratio dell'istituto della revisione prezzi che, in quanto volto a ristabilire l'equilibrio nel sinallagma, in nessun caso potrebbe comportare un azzeramento del rischio di impresa. Nel silenzio della norma, si ritiene necessario chiarire, altresì, se il meccanismo revisionale possa operare a discrezione della stazione appaltante con cadenza trimestrale / semestrale.

Si auspica, inoltre, un intervento normativo che chiarisca se, alla luce della *ratio* dell'istituto in questione, il legislatore abbia inteso assicurare la revisione prezzi, con le modalità ex art. 60 D.lgs. 36/23, a tutta la filiera/catena degli esecutori al ricorrere dei presupposti normativamente previsti. Ciò in quanto il tenore letterale della disposizione di cui all'art. 60, facendo riferimento alle "prestazioni da eseguire" non sembra operare differenziazioni soggettive in termini di soggetto esecutore (appaltatore principale/subappaltatore). Tra l'altro, senza considerare che il mancato riconoscimento della revisione dei corrispettivi in favore dei subappaltatori potrebbe mettere in crisi la celere esecuzione dell'appalto con probabili forti ripercussioni sulla realizzazione dell'opera, anche in violazione del principio di risultato.

4) Disciplina raggruppamenti (art. 97)

Non risulta chiaro se:

- la disciplina di cui all'art. 97 trovi applicazione unicamente per le ipotesi di "perdita" dei requisiti o anche per le ipotesi di carenza ab origine degli stessi (cfr. TAR Molise n. 144 del 9.5.2024, esclude applicazione in caso di carenza ab origine; TAR Salerno, n. 541 del 28.2.2024, ne ammette l'applicazione);
- sia possibile ammettere la sostituzione di un'impresa del RTI con altra impresa estranea alla compagine originaria del raggruppamento (con conseguente



superamento delle sentenze Consiglio di Stato, Ad. Plen. 27 maggio 2021, nn. 9 e 10)

Si suggerisce, pertanto, di specificare che:

- la modifica del RTI è ammessa anche in caso di difetto originario del requisito e non solo per perdita sopravvenuta dello stesso. A tal fine si propone di modificare il comma 1 dell'art. 97 contemplando espressamente anche la carenza dei requisiti;
- è consentita la sostituzione anche con un soggetto estraneo alla compagine originaria. A tal fine, si propone di riformulare il secondo comma dell'art. 97 come segue (in rosso la parte aggiunta) *“(..)* il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto, anche estraneo alla compagine originaria, munito dei necessari requisiti (...)”.

5) Modifica dei contratti in corso di esecuzione (art. 120, c. 8)

Relativamente al disposto del comma 8 dell'art. 120, nel quale è previsto che l'Appaltatore possa adire un giudice (da chiarire se trattasi di Giudice Ordinario o Giudice amministrativo, in ragione dell'idoneità ad emettere una pronuncia che produca gli effetti di cui nel seguito) per “ottenere l'adeguamento del contratto”, si rende necessario chiarire e perimetrare i limiti del potere del giudice, al fine di evitare che possa sostituirsi alla Stazione Appaltante, esercitandone di fatto i poteri mediante la pronuncia di una sentenza di natura costitutiva e immediatamente esecutiva. Si ritiene utile precisare che la pronuncia avrà natura dichiarativa ed accerterà esclusivamente la violazione dell'obbligo di rinegoziazione, imponendo alla Stazione Appaltante di procedervi.

6) Collegio Consultivo tecnico (art. 215, c. 1)

Si propone di chiarire espressamente che anche ove obbligatoria, la costituzione del CCT è in ogni caso subordinata ad espressa richiesta di una delle parti; si propone altresì di chiarire che in caso di Accordi Quadro il valore da prendere come riferimento ai fini dell'obbligatorietà o meno del CCT è quello dei singoli contratti applicativi.



SEZIONE B

Disallineamenti testuali

1) Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito (art. 8, c. 2)

Al fine di superare le incertezze interpretative connesse al difficile coordinamento tra la L. n. 49/23 in materia di “equo compenso” e la disciplina dei contratti pubblici, si propone di inserire all’art. 8 c. 2 la seguente previsione: *“La disciplina di cui alla L. n. 49/23, recante “Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali”, non si applica alle procedure per l’affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, anche nell’ambito di un appalto integrato, nonché degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale, disciplinate dal Codice dei contratti pubblici”*.

2) Collegio consultivo tecnico (215, c. 2)

Al fine di evitare possibili dubbi circa gli effettivi poteri del Collegio consultivo tecnico, facendo ritenere che lo stesso possa decidere anche al di là del mandato ricevuto dalle Parti, si propone di eliminare i riferimenti alla attività di “mediazione” e alla “conciliazione”.

SEZIONE C

Modifiche sostanziali

1) Equivalenza delle tutele in tema di CCNL (art. 11, comma 3)

Andrebbero fornite indicazioni in merito ai criteri/modalità per valutare l’equivalenza tra diversi CCNL. La formulazione della norma presenta il rischio di indeterminatezza e di impossibilità di applicazione effettiva dell’articolo 11 del codice dei contratti pubblici in merito alla verifica dell’equivalenza del CCNL. Data la complessità del panorama sindacale e dei contratti collettivi nazionali, imporre alla SA di verificare con le modalità di cui all’art. 110, la correttezza della dichiarazione di equivalenza presentata dall’operatori economici a comprova del rispetto del CCNL indicato dalla SA nella documentazione di gara, risulta fortemente complesso. Si tratta di un processo non codificato e che non pone alcun criterio oggettivo di valutazione se non quelli dettati da pareri dell’ANAC (non vincolanti).



Si propone di eliminare l'onere in capo alla stazione appaltante di verificare in modo puntuale l'equivalenza dei CCNL o disciplinare tale attività in modo coerente con le finalità del Codice in un'ottica di principio di risultato, celerità e determinatezza normativa in merito alle attività di verifica che devono essere svolte dalla stazione appaltante.

In alternativa andrebbe chiarito che è sufficiente che il diverso CCNL garantisca adeguate tutele senza necessità di ricercare una totale corrispondenza tra diversi CCNL.

2) Fasi delle procedure di affidamento (art. 17, c. 5)

Al fine di superare le criticità operative riscontrate nella consultazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'art. 24 del codice e, al contempo, consentire la finalizzazione del procedimento di affidamento, nel rispetto del principio del risultato, si propone la seguente modifica normativa:

- inserire dopo le parole *“L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace”* il seguente periodo *“in caso di indisponibilità all'interno del Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico dei dati e dei documenti attestanti il possesso dei requisiti, è fatta salva la facoltà per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di disporre l'aggiudicazione nelle more delle verifiche sul possesso dei requisiti. In tal caso, il contratto sarà sottoposto a condizione risolutiva”*.

3) Livelli della progettazione e interventi di manutenzione (art. 41, c. 5 e art. 44, c. 1)

Le norme in rubrica prevedono che per gli interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria può essere omesso il primo livello di progettazione a condizione che il progetto esecutivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omesso.

La previsione non tiene conto della possibilità che vi siano interventi ripetitivi o standardizzati la cui esecuzione possa essere svolta sulla base di una documentazione tecnica tipologica descrittiva dell'intervento. Inoltre, viene previsto il divieto di ricorrere all'appalto integrato per le opere di manutenzione ordinaria.

In ragione della standardizzazione e ripetitività di interventi di manutenzione (sia ordinaria che straordinaria) si propone di consentire alle stazioni appaltanti, previa idonea motivazione, di procedere all'affidamento della realizzazione dei predetti interventi sulla base di una documentazione tecnica tipologica descrittiva dell'intervento (comprensiva di categoria delle lavorazioni, importo, computo metrico di massima), alleggerendo e semplificando in modo significativo gli obblighi di progettazione di tali tipi di interventi. Ciò, in particolare, nei casi di affidamento di accordi quadro che, per



loro natura, prevedono l'esecuzione di interventi ripetitivi e standardizzati non tutti noti, sin dalla fase di avvio della procedura di gara, alla stazione appaltante e quindi, come tali, non compiutamente progettabili. La norma dovrebbe consentire, in tali casi, di affidare lo sviluppo del successivo livello di progettazione all'appaltatore.

4) Subappalto (art. 119)

Si propongono le seguenti modifiche in tema di subappalto:

a) inserire una previsione che chiarisca espressamente la necessità di apposita autorizzazione anche nel caso di subappalto a cascata (precisando che è l'appaltatore principale il soggetto tenuto alla presentazione della richiesta);

b) l'art. 119 non affronta il tema del subappalto c.d. qualificatorio o necessario. D'altro canto, si discute se con la nuova disciplina del sistema di qualificazione degli operatori economici introdotta dal D.lgs. n. 36/2023 e nell'attuale vigenza dell'art. 12 D.L. n. 47/2014, tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali che specializzate, debbano considerarsi a qualificazione obbligatoria (e quindi l'aggiudicatario, per eseguirle, dovrà essere in possesso della relativa qualificazione, oppure dovrà necessariamente ricorrere al subappalto) ovvero la distinzione tra categorie a qualificazione obbligatoria e non, sia ancora operante.

Considerata la portata della norma e il ricorso frequente da parte degli operatori economici al subappalto qualificatorio, si suggerisce di codificarne una disciplina, anche mediante espresso rinvio all'art. 12 D.L. n. 47/2014.

5) modifiche contrattuali (art. 120):

L'art. 120, comma 2 prevede che nei casi di cui al comma 1, lettere b) e c) di cui allo stesso art. 120, il contratto possa essere modificato solo se l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50% per cento del valore del contratto iniziale. L'art. 120 non prevede più che tale limite valga solo per i settori ordinari come stabilito, invece, dall'art. 106, comma 7 del previgente Codice appalti ed in conformità con le direttive appalti che solo per i settori ordinari individuano tale limite (art. 72 della direttiva 2014/24/UE).

Si propone, pertanto, di prevedere nuovamente ed espressamente che il limite del 50% valga solo per i settori ordinari.

In alternativa, ove si intendesse confermare il predetto limite quantitativo del 50% anche per i settori speciali, si propone di emendare l'articolo al fine di chiarire che nel caso "di più modifiche successive" il limite del 50% del valore del contratto iniziale debba operare con riferimento a ciascuna modifica contrattuale (e non anche relativamente alla sommatoria delle singole modifiche intervenute successivamente alla stipula del contratto).



6) Ricusazione dei membri del Collegio Consultivo Tecnico (art. 1, All. V.2)

In ragione del fatto che manca nel Codice dei contratti e nelle Linee Guida del Ministero competente una disciplina della ricusazione dei membri del Collegio Consultivo Tecnico, si chiede l'introduzione di un nuovo comma all'art. 1, all. V.2, che regoli i casi in cui taluna delle Parti venga a conoscenza di una causa di incompatibilità del Componente o del Presidente del CCT e intenda farla accertare e valere affinché ne derivino le opportune conseguenze.