



Associazione delle organizzazioni di ingegneria,
di architettura e di consulenza tecnico-economica



Ufficio Legislativo

DDL 2169

Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2019-2020

Proposte di emendamento

Articolo 8

1. Requisiti dei progettisti (modifica all'articolo 46 del codice dei contratti pubblici)

- **All'articolo 8, comma 1, lettera a), punto 1, paragrafo 1.1**, aggiungere, dopo le parole *“mercato dei servizi di ingegneria e architettura,”* le seguenti parole: *“nel rispetto del principio di non discriminazione fra i diversi soggetti di cui al presente comma 1.”*
- **All'articolo 8, comma 1, lettera a), sostituire il punto 2) con il seguente:**
“2) al comma 2 dell'articolo 46 del decreto legislativo 16 aprile 2016, n. 50, alla fine aggiungere le seguenti parole: “, nonché i soggetti di cui alla lettera d-bis i cui requisiti minimi sono stabiliti con modifica al decreto ministeriale 2 dicembre 2016, n. 263”.”
- **All'articolo 8, comma 1, lettera a), aggiungere alla fine il seguente punto 3):**
“3) Ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura da parte dei soggetti di cui alla lettera d-bis del comma 1 dell'articolo 46 del decreto legislativo 16 aprile 2016, n. 50, entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge il Ministero per le infrastrutture e per la mobilità sostenibile individua, con modifica al decreto 2 dicembre 2016, n. 263 emanato ai sensi dell'articolo 24, comma 2 del codice dei contratti pubblici, i requisiti minimi che tali soggetti sono tenuti a dimostrare, in particolare con riferimento all'obbligo di nomina di un direttore tecnico, alla verifica del contenuto dell'oggetto sociale, agli obblighi di regolarità contributiva, di comunicazione e di iscrizione al casellario dell'A.N.A.C. nonché all'obbligo di assicurazione per lo svolgimento delle prestazioni professionali ”.

Motivazione

Il testo, all'articolo 8 comma 1, incide sul comma 1 dell'articolo 46 del codice, ammette altri soggetti abilitati (oltre a quelli oggi elencati all'art. 46 del codice), a partecipare alle gare per l'affidamento

di servizi di ingegneria e architettura. La disposizione recepisce le indicazioni della giurisprudenza comunitaria e nazionale che, nel presupposto della non esaustività dell'elencazione dell'articolo 46 del codice appalti, ha ammesso a partecipare alle procedure per l'affidamento di servizi di ingegneria e architettura anche soggetti quali Fondazioni, Onlus e tutti i soggetti che possono rendere tali servizi.

Occorre però fare in modo che l'inserimento di tutti gli altri soggetti diversi da quelli espressamente citati dall'articolo 46 avvenga assicurando il rispetto del principio di non discriminazione rispetto agli altri soggetti di cui all'articolo 46 e in maniera coerente e logica rispetto all'assetto regolatorio attualmente vigente che fa riferimento alla disciplina sui requisiti dei progettisti definita con il d.m. 2 dicembre 2016, n. 263 il quale prescrive per ognuno dei soggetti elencati dalla norma del codice precisi requisiti. Il Tar del Lazio sezione prima, n. 654 del 18 gennaio 2021, nel prendere in esame proprio la sentenza del giudice europeo, fornisce al legislatore già una chiara indicazione di come regolare la materia, evidenziando:

- a) l'incompletezza del decreto alla luce della lettura imposta dalla Corte europea *"in quanto ha previsto e disciplinato i requisiti di partecipazione solo con riferimento ai soggetti specificamente indicati dall'articolo 46"*;
- b) la necessità di completarlo *"con la disciplina dei requisiti di partecipazione che debbono possedere gli ulteriori, diversi enti, non ammissibili (oggi) alle gare per l'affidamento di servizi di ingegneria e architettura"*.

Si ritiene quindi opportuno, data anche l'estrema eterogeneità dei soggetti che in astratto potrebbero rendere tali servizi, introdurre un nuovo punto 3 aggiunto alla lettera a del comma 1 dell'articolo 8 del ddl al fine di indirizzare il MIMS ad una modifica del citato decreto. L'obiettivo della proposta di modifica è quello di tenere conto, fra le altre cose, della necessità non solo di definire requisiti omogenei e coerenti con quelli previsti dal citato d.m., ma anche di inserire i nuovi soggetti all'interno del Casellario ANAC così da consentire anche alle stazioni appaltanti di verificare se tali requisiti minimi per operare nell'ambito della prestazione dei servizi di ingegneria e architettura siano già stati soddisfatti. Così facendo si propone nella sostanza di inserire l'obbligo di nomina di un direttore tecnico; di verificare il contenuto dell'oggetto sociale dei nuovi soggetti abilitati per evitare conflitti di interessi o incompatibilità; di prevedere obblighi di regolarità contributiva (anche con riferimento al 4% di contributivo integrativo oggettivo dovuto ad Inarcassa); di comunicare all'A.N.A.C. i dati più rilevanti (ad esempio l'organigramma dei tecnici impiegati nello svolgimento delle attività professionali o la quota delle attività non riconducibili ad attività professionali); di prevedere l'obbligo di iscrizione al casellario dell'A.N.A.C. anche al fine del controllo in sede di gara da parte delle stazioni appaltanti; di prevedere l'obbligo di assicurazione per lo svolgimento delle prestazioni professionali.

Per quanto riguarda gli altri due punti delle modifiche all'articolo 46, riportate al punto 1 e 2 della lettera a del comma 1 dell'articolo 8, appare opportuno, da un lato, inserire un vincolo al rispetto del principio di non discriminazione (al comma 1) e, dall'altro, di limitare la modifica al comma 2 al mero inserimento (alla fine del periodo) dei nuovi soggetti abilitati i cui requisiti dovranno però essere definiti con modifica al d.m. 263/2016, senza dovere modificare l'intero comma 2 dell'articolo 46 testo già consolidato e oggetto di chiarimenti da parte dell'A.N.A.C. con le linee guida 1/2016 e con il bando-tipo n. 3.

2. Subappalto di progettazione (introduzione nuovo comma 1-bis)

All'articolo 8, aggiungere il seguente comma:

"1-bis. All'articolo 31, comma 8, del decreto legislativo 16 aprile 2016, n. 50 aggiungere dopo il penultimo periodo il seguente: "Il progettista può affidare a terzi attività di consulenza specialistica inerenti a settori quali quello energetico, ambientale, acustico e in altri settori non attinenti la disciplina dell'ingegneria e dell'architettura per i quali siano richieste apposite certificazioni o competenze, rimanendo ferma la responsabilità del progettista anche ai fini di tali attività".

Motivazione

L'articolo 31, comma 8, del d.lgs. 50/2016, vieta il subappalto per gli incarichi di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, direzione dell'esecuzione coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo. Le Linee Guida Anac (n. 1, approvate con Delibera n. 973/2016 e successivamente aggiornate) hanno precisato che "le attività di supporto alla progettazione attengono ad attività meramente strumentali alla progettazione e che la «consulenza» di ausilio alla progettazione di opere pubbliche continua a non essere contemplata anche nel nuovo quadro normativo; ciò discende dal principio generale in base al quale la responsabilità della progettazione deve potersi ricondurre ad un unico centro decisionale, ossia il progettista".

Ciò detto e ferma restando la responsabilità del progettista, l'articolo 31, comma 8 non risulta coordinata con le previsioni dell'articolo 105 del codice laddove si precisa che non si considera subappalto "l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi per le quali occorre fare comunicazione alle stazioni appaltanti"

Questa dicotomia rende problematico definire e inquadrare l'apporto dei consulenti dei progettisti, diversi dal geologo (che o è interno alla struttura del progettista, o deve essere raggruppato con il progettista) per i quali sempre più spesso le stazioni appaltanti chiedono il possesso di certificazioni specifiche o determinate competenze settoriali che non incidono sull'attività di concept tipiche dell'ingegneria e architettura ma sono ad esse funzionali in ottica di integrazione multidisciplinare. Alla luce degli arresti della Corte di giustizia europea in tema di subappalto, anche per evitare possibili contenziosi, emerge quindi l'opportunità di ammettere che alcune attività specialistiche riconducibili alle competenze di soggetti diversi dalla figura del geologo e archeologo espressamente citate dall'art. 46 possano essere considerate escluse dal divieto di subappalto.

Ciò da un lato farebbe trasparenza nel campo dei subaffidamenti che oggi nonostante tutto comunque si verificano senza alcun elemento di tutela e rilievo per lo specialista affidatario; dall'altro lato si eviterebbero anche inutili oneri di associazione in raggruppamento a carico di figure professionali che, oltre a non possedere requisiti, non hanno neanche un minimo interesse ad assumere gli oneri e le responsabilità riferibili ai mandanti di un rtp. Con questa proposta, infine, si consentirebbe la presentazione del curriculum del consulente (che abbia fatturato anche meno del 50%) che rimarrebbe quindi al di fuori dalla nozione dell'"organico medio annuo".

Il tutto ferma restando la responsabilità del progettista anche per le attività specialistiche affidate a terzi ma rientranti nelle prestazioni contrattualmente affidate.

3. Cause di esclusione (art. 8, comma 1 lettera b)

All'articolo 8, comma 1, lettera b, è aggiunto il seguente punto:

1-bis) Al comma 4, il quinto periodo è sostituito dai seguenti: *“Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso ha commesso gravi violazioni agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Per gravi violazioni non definitivamente accertate in materia contributiva e previdenziale s'intendono quelle di cui al quarto periodo. Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle stabilite da un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e previo parere del Dipartimento delle politiche europee, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, recante limiti e condizioni per l'operatività della nuova causa di esclusione facoltativa che, in ogni caso, deve essere correlata al valore dell'appalto e comunque per un importo non inferiore a 50.000 euro.”*

Motivazione

Come noto, l'art.8, comma 5, lettera b), del “Decreto Semplificazioni” n. 76/2020 (convertito con modifiche nella legge 120/2020), ha introdotto un'ulteriore causa di esclusione dalle gare pubbliche d'appalto, in base alla quale il concorrente può essere escluso anche in presenza di un atto d'accertamento non ancora definitivo, esponendo così le imprese ad una penalizzazione del tutto sproporzionata rispetto ad una violazione che ancora è considerata “provvisoria”.

In particolare, la norma ammette la possibilità per la stazione appaltante di escludere un operatore economico, nel caso in cui venga a conoscenza e sia in grado di dimostrare che lo stesso non abbia ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse non definitivamente accertati, qualora tale mancato pagamento costituisca una “grave violazione”, considerando tale l'inadempimento di ammontare superiore a 5.000 euro.

In sostanza, ad oggi, un operatore economico è escluso dalla gara d'appalto:

1. in via obbligatoria, qualora abbia commesso una “grave violazione” fiscale definitivamente accertata, considerandosi grave quella di importo superiore a 5.000 euro;
2. in via facoltativa, qualora la Stazione appaltante sia a conoscenza e possa adeguatamente dimostrare, l'esistenza di una “grave violazione” fiscale non definitivamente accertata, intendendosi per “grave” sempre quella di importo superiore a 5.000 euro.

In considerazione del fatto che la modifica è intervenuta in risposta alla procedura di infrazione oggetto del presente articolo, non si ritiene purtroppo possibile tornare alla situazione *quo ante*,

seppur preferibile, considerato che per le irregolarità fiscali operano sovente meccanismi di accertamento presuntivo i cui risultati sono contestati con successo in un'alta percentuale di casi. Occorre però chiarire normativamente il concetto di *“gravità della violazione”* ai fini fiscali, offrendo così un criterio univoco alle stazioni appaltanti che, diversamente da quanto avviene per l'illecito professionale (che riguarda sostanzialmente l'esecuzione del contratto e lo svolgimento della gara), non possono procedere ad una analoga valutazione, ma solo all'esercizio o meno della facoltà di escludere l'impresa in relazione al semplice fatto della pendenza della violazione, senza alcuna valutazione dei fatti e dei motivi che, tra l'altro, non sono di piena conoscenza per la stazione appaltante.

Pertanto, occorre modificare l'attuale disposizione:

- eliminando il riferimento alla soglia del tutto esigua dei 5.000 euro per le violazioni non definitivamente accertate (l'importo minimo dei 5.000 euro continuerebbe, quindi, ad operare per la sola causa di esclusione obbligatoria, legata agli accertamenti definitivi);
- rinviando, contemporaneamente, ad un successivo provvedimento normativo la determinazione di una nuova soglia più congrua e le modalità operative della nuova causa di esclusione facoltativa, in assenza del quale quest'ultima non opera. In questo modo, il decreto in questione definirà anche le condizioni alle quali dovranno attenersi le Stazioni appaltanti per applicare la disposizione, assicurando così una uniformità di comportamento da parte degli enti committenti e, allo stesso tempo, fornendo elementi di certezza agli operatori economici. In ogni caso, l'entità della violazione deve essere commisurata all'importo dell'appalto e, comunque, d'ammontare non inferiore a 50.000 euro.

Nulla, invece, viene modificato in ordine alle *“violazioni”* contributive, per le quali la *“gravità”* continua ad essere correlata al mancato rilascio del DURC.

Tale modifica non comporta oneri aggiuntivi a carico dell'Erario.

4. Ritardati pagamenti della PA

All'articolo 8, comma 1, dopo la lettera b), è aggiunta la seguente lettera:

“b-bis) all'articolo 113-bis, sono apportate le seguenti modifiche:

1) al comma 1,

- le parole *“dall'adozione”* sono sostituite con le seguenti *“dalla maturazione”*;
- il secondo ed ultimo periodo è sostituito con il seguente *“Nell'ambito del predetto termine, il direttore dei lavori rilascia lo stato di avanzamento dei lavori e il responsabile unico del procedimento emette il certificato di pagamento relativo al medesimo, comunque entro un termine non superiore a sette giorni dalla maturazione dello stato di avanzamento”*.

2) al comma 2, le parole *“rilascia il certificato di pagamento ai fini dell'emissione della fattura da parte dell'appaltatore”* sono sostituite con le seguenti: *“emette il certificato di pagamento”*;

3) al comma 3, le parole *“Resta fermo”* sono sostituite con le seguenti: *“I termini di cui ai commi 1 e 2 soddisfano”*.

Motivazione

L'emendamento è volto a garantire una corretta risposta ai rilievi formulati dalla Commissione europea nell'ambito della procedura di infrazione 2017/2090 e ad assicurare il necessario coordinamento con la normativa contenuta nel Decreto Ministeriale n° 49 del 7 marzo 2018.

In particolare, la proposta, in applicazione della direttiva UE sui ritardi di pagamento (Dir. 2011/7/UE), è finalizzata a ribadire che i pagamenti alle imprese non possono superare i 30 giorni complessivi, decorrenti dalla maturazione del diritto dell'appaltatore.

Il sistema di contabilizzazione dei lavori pubblici, in Italia, si basa infatti sul principio di costante progressione della contabilità; di conseguenza, il momento della maturazione dei SAL finisce per coincidere con il momento in cui il registro di contabilità raggiunge l'importo previsto per i SAL da cui scatta il diritto al pagamento dei lavori, entro 30 giorni.

L'adozione dello stato di avanzamento dei lavori, da parte del direttore dei lavori, dovrebbe quindi avvenire contestualmente.

Richiamare invece il momento dell'adozione del SAL e non quello della maturazione, introduce un elemento di fortissima discrezionalità di cui le Pubbliche Amministrazioni potrebbero abusare. Il 70% delle imprese denuncia oggi questo fenomeno per ritardare artificialmente il momento a partire dal quale decorrono i termini di pagamento, vanificando quindi l'obiettivo della norma, che è quello di procedere al pagamento entro 30 giorni complessivi, decorrenti dalla maturazione del diritto dell'appaltatore

Sotto tale profilo, anche le innovazioni introdotte dalla legge europea 2018 rispetto all'art. 113-bis del Codice, non sono state sufficienti a rispondere ai rilievi formulati dalla Commissione europea nell'ambito della procedura di infrazione 2017/2090.

Roma, 11.5.2021