Circolare n°561/C/2021: Legge di conversione D.L.121/2021(DL. Infrastrutture)-G.U. n°267 del 9/11/21

2 Dicembre 2021

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 267 del 9 novembre 2021 è stata pubblicata la Legge n. 9 novembre 2021, n. 156, di conversione del Decreto-Legge n. 121/2021, recante "*Disposizioni urgenti in materia di investimenti e sicurezza delle infrastrutture, dei trasporti e della circolazione stradale, per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell'Agenzia nazionale per la sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali*".

Il Decreto-Legge, come convertito, si compone di 26 articoli. Di seguito si riporta una breve sintesi del contenuto delle norme di maggiore interesse per i lavori pubblici.

MODIFICHE AL D.L. *SEMPLIFICAZIONI-BIS*

- ***Art. 16-ter – "Modifica all'articolo 48 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108" –*** **Trasparenza nell'affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC.**

L'articolo 16-*ter* introduce un nuovo periodo nel comma 3 all'art. 48 del D.L. n. 77/2021 ("*Semplificazioni-bis*"), convertito, con modificazioni, con la L. n. 108/2021, il quale, come noto, prevede che le stazioni appaltanti possano ricorrere alla procedura di cui all'art. 63 del Codice dei contratti pubblici per i settori ordinari, e di cui all'art. 125, per i settori speciali – ossia alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara – nella misura strettamente necessaria, quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante, l'applicazione dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie possa compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) nonché al Piano nazionale per gli investimenti complementari al medesimo PNRR e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea. In tale contesto, la nuova previsione stabilisce che, "***al solo scopo di assicurare la trasparenza, le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui al presente comma mediante i rispettivi siti internet istituzionali***".

Pertanto, in presenza delle circostanze legittimanti la procedura negoziata senza bando previste all'art. 48 del D.L. *Semplificazioni-bis*, le amministrazioni saranno tenute a rendere noto al mercato, mediante pubblicazione sui propri siti web, di aver optato per l'aggiudicazione mediante tale modalità. La norma in commento, peraltro, specifica che **la pubblicazione sui siti web istituzionali dell'avvio delle suddette procedure negoziate – disposta a soli fini di trasparenza – "*non costituisce ricorso a invito, avviso o bando di gara a seguito del quale qualsiasi operatore economico può presentare un'offerta*"**.

Valutazione

Sebbene sia stato sostanzialmente mantenuto l'obbligo – positivo – in capo alle stazioni appaltanti, di dare evidenza dell'avvio di dette procedure mediante apposito avviso sui rispettivi siti web istituzionali, la norma, come detto, precisa altresì che "***La predetta pubblicazione non costituisce ricorso a invito, avviso o bando di gara a seguito del quale qualsiasi operatore economico può presentare un'offerta".***

Tale precisazione, tuttavia, ove non correttamente interpretata, potrebbe di fatto svuotare l'importante valenza, in chiave di trasparenza, contenuta nella prima parte della disposizione.

Infatti, se, da un lato, è ben vero che gli avvisi in parola non possono consentire la presentazione diretta delle offerte – fatto, questo, che trasformerebbe indebitamente la procedura "negoziata" in una procedura "aperta" – dall'altro, è altresì indubbio che gli stessi non possono – e non devono – impedire agli operatori di poter manifestare il proprio interesse ad essere invitati alla procedura stessa.

Pertanto, l'ANCE sta intervenendo per chiedere un chiarimento della norma nel senso auspicato.

In tal modo, infatti, si verrebbe a riaffermare la necessità della massima trasparenza per tutti i lavori del PNRR, ponendoli al riparo da possibili fenomeni distorsivi o di chiusura del mercato. Inoltre, sarebbe di grande ausilio per la tutela delle MPMI che, in tal modo, potranno accedere alle opere del PNRR anche attraverso l'istituto dei raggruppamenti temporanei d'impresa, diversamente impraticabile.

Ciò tanto più che risultano accolti in Aula diversi ordini del giorno che impegnano il Governo a valutare l'opportunità di adottare interventi che possono garantire agli operatori economici la possibilità di concorrere alle procedure negoziate nel rispetto della pubblicità, trasparenza e rotazione negli affidamenti.

DISPOSIZIONI IN MATERIA DI CARO MATERIALI

- **Art. 16 Comma 3-*novies* – Compensazioni per revisione dei prezzi dei materiali nei contratti pubblici**

Viene modificato il comma 3 dell'art 1 septies del DL 73/2021, in materia di caro materiali 2021, in quanto, nel confermare che la compensazione è applicata alle lavorazioni eseguite tra il 1° gennaio 2021 e il 30 giugno 2021, si precisa che tali lavorazioni possono essere anche semplicemente annotate sotto la responsabilità del direttore dei lavori nel libretto delle misure – e non anche quelle formalmente contabilizzate.

Valutazione: positiva

La modifica appare positiva, nella misura in cui introduce una semplificazione.

MODIFICHE IN MATERIA DI ANTICORRUZIONE

Articolo 12, "Disposizioni urgenti in materia di progettazione territoriale e investimenti"

Comma 12-*ter* – Pagamenti alle imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione

La disposizione prevede, al fine di garantire il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR e il pieno utilizzo dei relativi fondi, nonché di favorire una riduzione degli oneri per le imprese coinvolte, talune **modifiche all'articolo 32 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90 – convertito, con modificazioni, dalla L.11 agosto 2014, n. 114** – recante "*Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione*". Sul punto, si ricorda che l'articolo 32 citato contiene misure finalizzate ad intervenire sui poteri di amministrazione e gestione delle imprese aggiudicatarie o concessionarie di appalti pubblici coinvolte in procedimenti penali per gravi reati, o nei cui confronti emergano situazioni di anomalia sintomatiche di condotte illecite o criminali.

In tali casi, il Prefetto (anche su proposta del Presidente dell'ANAC) può ordinare all'impresa la rinnovazione degli organi sociali coinvolti, ovvero procedere direttamente alla nomina di amministratori e di esperti in sostituzione dei titolari degli organi sociali dotati di omologhi poteri, per provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice. La straordinaria e temporanea gestione dell'attività dell'impresa può essere, peraltro, disposta anche quando nei confronti dell'impresa sia emessa un'informazione antimafia interdittiva. In tali casi, il potere riconosciuto al Prefetto, è subordinato alla sussistenza dell'"*urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero dell'accordo contrattuale, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici* (…)" (cfr. art. 32, comma 10).

A seguito dell'intervento normativo in commento, sono state previste le seguenti modifiche:

- **l'estensione della misura di cui all'art. 32 comma 1, lett. b), ossia il commissariamento d'impresa, per attività anche diverse dall'esecuzione del singolo contratto di appalto.**

In particolare, è stata introdotta la parola "***anche***" prima della specificazione secondo cui la gestione straordinaria può essere disposta "*limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione*". La congiunzione coordinante "*anche*" potrebbe ampliare la possibilità di provvedere alla gestione

straordinaria di impresa disposta dal Prefetto, estendendola *anche* a finalità ulteriori rispetto alla sola conclusione del contratto in corso.

- L'introduzione di un'ulteriore misura che il prefetto può adottare in alternativa alla gestione straordinaria di cui alle lett. a) e b), rappresentata dalla **trattenuta del pagamento degli utili di impresa** quantificati in misura fissa nel **10 per cento dell'importo contrattuale,** restando confermato il principio per cui tale somma viene accantonata.

In particolare, al comma 1 è stata aggiunta una **lettera b-*bis***) ai sensi della quale al Prefetto può essere proposto anche "*di ordinare alla stazione appaltante che i pagamenti all'operatore economico, anche nei casi di cui alla lettera a), siano disposti al netto dell'utile derivante dalla conclusione del contratto, quantificato nel 10 per cento del corrispettivo, da accantonare, ai sensi del comma 7, in un apposito fondo*" -. Il legislatore ha previsto, con tale modifica normativa, una terza opzione rispetto a quelle inerenti alla sostituzione degli organi sociali e alla gestione straordinaria, consistente nella trattenuta degli utili di impresa, predeterminati in percentuale fissa. L'utile di impresa potrà essere effettivamente elargito all'impresa solo a seguito dell'avvenuto accertamento dell'assenza di responsabilità penali o infiltrazioni della criminalità organizzata. Lo strumento della trattenuta con accantonamento degli utili di impresa era già previsto al comma 7 del medesimo articolo, quale misura accessoria alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa.

Con la novella in commento, pertanto, tale misura potrà essere attuata dal Prefetto anche autonomamente e alternativamente rispetto alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, mediante la loro quantificazione – predeterminata dalla norma stessa – ed il loro accantonamento.

In altri termini, la trattenuta degli utili di impresa potrà essere disposta:

1. quale misura autonoma ed alternativa sia all'ordine di sostituzione degli organi sociali di vertice, sia alla gestione straordinaria e temporanea di impresa
2. quale misura accessoria sia all'ordine di sostituzione che alla gestione straordinaria suddetti

Stando al tenore letterale della norma, peraltro, qualora tale "sanzione preventiva" venga disposta come misura autonoma o come misura accessoria all'ordine di sostituzione degli organi sociali di vertice, la quantificazione degli utili da trattenere corrisponderà al 10% del corrispettivo del contratto d'appalto; mentre, negli altri casi, la quantificazione sarà operata dagli amministratori o dalla stazione appaltante in maniera discrezionale.

- **Un'estensione della misura del sostegno e monitoraggio dell'impresa anche quando il contratto sia concluso e interamente eseguito –** in particolare, si prevede (al comma 8 del medesimo art. 32) che, nel caso in cui le indagini penali riguardino componenti di organi societari diversi da quelli che giustificherebbero l'adozione della misura di gestione straordinaria prefettizia, potrà essere adottata la misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa ***"anche laddove sia stato concluso e interamente eseguito il contratto di appalto"*.**

La norma originaria prevedeva, infatti, la possibilità di disporre misure di sostegno e di monitoraggio delle imprese (mediante la nomina prefettizia di esperti atti a fornire prescrizioni operative all'impresa) i cui organi "non di vertice e direzione" fossero coinvolti in procedimenti penali per i reati indicati al comma 1 del citato art.

32. Ebbene, tali misure, alla luce della modifica normativa in commento, potranno essere estese anche a seguito della conclusione dei lavori oggetto del contratto.

- **Un'estensione dell'efficacia delle suddette prescrizioni impartite dagli esperti anche alle imprese che esercitano un controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. sull'impresa sottoposta a sostegno o monitoraggio civile, ove coinvolte nelle indagini, nonché alle imprese dalle stesse controllate.**

Pertanto, anche per tali imprese controllanti è prevista la possibilità per il Prefetto di disporre, in presenza delle ricordate situazioni sintomatiche, le misure di sostegno e monitoraggio di cui al citato comma 8.

Valutazione

Le modifiche apportate all'articolo 32 della legge n. 90/2014 destano talune perplessità.

Con tali innovazioni, infatti, il commissariamento potrà essere disposto anche oltre la necessità di portare a compimento il singolo contratto per cui sono stati riscontrati episodi corruttivi; inoltre, la misura del sostegno e monitoraggio potrà essere mantenuta anche oltre la conclusione del contratto. In tal modo, però, si corre il rischio di eliminare il tratto, assai meritevole, caratterizzante la *voluntas legis* sottostante a tutto l'art. 32, ovverosia quella di essere una misura "*ad contractum*" e non sull'impresa in quanto tale.

Logica, questa, indubbiamente positiva, che ha consentito di realizzare con successo e nei tempi previsti le opere connesse all'EXPO nel 2015 e che, peraltro, è alla base, più in generale, anche delle innovazioni di cui agli artt. 47-49 del DL 121/2021, in materia di vigilanza collaborativa applicabile nel caso in cui i tentativi di infiltrazione mafiosa siano riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, ispirate invero ad un approccio puntuale e "chirurgico". In particolare, il nuovo istituto della vigilanza collaborativa è volto ad evitare l'applicazione di misure che interverrebbero sull'intera attività d'impresa (come un'interdittiva) a favore di un approccio, appunto, "collaborativo", consistente nell'indicare, puntualmente gli adempimenti da porre in essere per continuare l'attività imprenditoriale, nonostante il sospetto di condotte illecite.

Sarebbe quindi auspicabile un intervento del legislatore volto a riportare le modifiche introdotte all'art. 32 del DL 90 in una visione maggiormente coerente con sistema delle misure di prevenzione antimafia, come novellate dal provvedimento in commento.

ALTRE NOVITÀ NORMATIVE

- ***Articolo 2, "Disposizioni urgenti in materia di investimenti e sicurezza nel settore delle infrastrutture autostradali e idriche"***

- **Comma 1-*bis* – Affidamento della concessione dell'autostrada A22 del Brennero**

Il comma in oggetto stabilisce, tra l'altro, che, al fine di accelerare la realizzazione delle infrastrutture autostradali e l'effettuazione degli interventi di manutenzione straordinaria, nonché di promuovere l'innovazione tecnologica e la sostenibilità delle medesime infrastrutture, **l'affidamento delle concessioni relative alla tratta autostradale A22 Brennero-Modena possa avvenire**, in deroga alle disposizioni del comma 1 dell'articolo 13-bis D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, **anche facendo ricorso alla finanza di progetto di cui all'art. 183 del D.Lgs. n. 50/2016**, da concludere entro il 31 dicembre 2022.

- **Commi da 2-*sexies* a 2-*sexiesdecies* – Nuova società per la gestione *in house* di autostrade statali a pedaggio**

Le disposizioni recano norme finalizzate all'esercizio dell'attività di gestione delle autostrade statali in regime di concessione mediante affidamenti *in house*.

In particolare viene prevista la **costituzione di una nuova società** (controllata interamente dal Ministero dell'economia e delle finanze e soggetta al controllo analogo del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili) **a cui saranno trasferite, con esclusivo riguardo alle autostrade statali a pedaggio, le funzioni e le attività attribuite dalle vigenti disposizioni ad ANAS S.p.A.** In particolare, il comma 2-*sexies*, per l'esercizio dell'attività di gestione delle autostrade statali in regime di concessione mediante affidamenti *in house*, autorizza la costituzione di una nuova società interamente controllata dal Ministero dell'economia e delle finanze (MEF) e soggetta al controllo analogo del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili (MIMS).

Il comma 2-*septies* prevede l'emanazione di un apposito D.P.C.M. – adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili – finalizzato a disciplinare la costituzione e il funzionamento della nuova società in questione. Ai sensi del comma 2-*octies*, sarà poi un decreto ministeriale – adottato dal Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze – a definire i contenuti e le modalità di esercizio del controllo analogo. Il comma 2-*novies* attribuisce alla nuova società la facoltà, nei limiti delle risorse disponibili, di stipulare – anche in deroga alla disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici, ad eccezione delle norme che costituiscono attuazione delle disposizioni delle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE – apposite convenzioni, anche a titolo oneroso, con società direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ai fini dell'assistenza tecnica, operativa e gestionale, nonché di costituire ovvero acquisire partecipazioni in società di gestione di autostrade statali, secondo le modalità e le procedure definite dal decreto ministeriale di cui al citato comma 2-octies nonché dallo statuto.

- **Comma 2- *septiesdecies* – Sistemazione delle strade comunali di Roma Capitale**

Il comma 2-*septiesdecies* prevede che – al fine di assicurare la realizzazione degli interventi urgenti per la messa in sicurezza e la manutenzione straordinaria delle strade comunali di Roma Capitale, nonché di rimuovere le situazioni di emergenza connesse al traffico e alla mobilità nel territorio comunale derivanti dalle condizioni della piattaforma stradale delle strade comunali – **Roma Capitale è autorizzata a stipulare, entro 15 giorni dalla data di entrata in vigore della disposizione, apposita convenzione con Anas**

S.p.A., in qualità di centrale di committenza, per l'affidamento di detti interventi da realizzare entro 90 giorni dalla sottoscrizione di detta convenzione.

A tal fine si prevede, **limitatamente agli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea di cui all'art. 35 del D.Lgs. 50/2016, che la selezione degli operatori economici da parte dell'Anas possa avvenire, nel rispetto del principio di rotazione, anche nell'ambito degli accordi quadro di cui all'art. 54 del D.Lgs. 50/2016, da essa conclusi, ancora efficaci** alla data di entrata in vigore del presente decreto ed in relazione ai quali non sia intervenuta alla medesima data l'aggiudicazione degli appalti basati su tali accordi quadro ovvero non si sia provveduto alla loro esecuzione nei modi previsti dai commi da 2 a 6 del medesimo art. 54.

In tale contesto, va ricordato che l'art. 54 del D.Lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) prevede, al comma 1, che le stazioni appaltanti possono concludere accordi quadro nel rispetto delle procedure di cui al medesimo Codice e che la durata di un accordo quadro non supera i quattro anni per gli appalti nei settori ordinari e gli otto anni per gli appalti nei settori speciali, salvo in casi eccezionali, debitamente motivati in relazione, in particolare, all'oggetto dell'accordo quadro.

Nei commi successivi sono disciplinate le modalità e le procedure di aggiudicazione degli appalti basati su un accordo quadro.

- ***Articolo 16, "Disposizioni urgenti in materia di Commissari straordinari"***

- **Comma 3-*bis* – Pista olimpica di bob e slittino "Eugenio Monti" di Cortina d'Ampezzo**

L'articolo prevede talune disposizioni di modifica della disciplina sui commissari straordinari previsti dal D.L. 11 marzo 2020, n. 16 – convertito, con modificazioni, dalla legge 8 maggio 2020, n. 31- recante, tra l'altro, "*Disposizioni urgenti per l'organizzazione e lo svolgimento dei Giochi olimpici e paralimpici invernali Milano Cortina 2026 e delle finali ATP Torino 2021-2025*". In particolare, si stabilisce che **l'Amministratore delegato della Società Infrastrutture Milano Cortina 2020-2026 S.p.a. – di cui all'art. 3 D.L. 11 marzo 2020, n. 16 – sia nominato commissario straordinario ai sensi dell'articolo 4 del D.L. 18 aprile 2019, n. 32 – "Sbloccacantieri",** convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 – al fine di assicurare la tempestiva realizzazione, entro il 31 dicembre 2024, degli interventi di adeguamento della pista olimpica di bob e slittino "Eugenio Monti" di Cortina d'Ampezzo.

Al Commissario sono attribuiti i poteri previsti dall'art. 4 del D.L. 32/2019 e dall'art. 3, comma 2-bis, del D.L. 16/2020 (che a sua volta richiama i poteri e le facoltà previsti dall'articolo 61, commi 5 e 8, del D.L. 24 aprile 2017, n. 50, convertito dalla L. 21 giugno 2017, n. 96).

Conseguentemente, al suddetto Commissario sono attribuiti i seguenti poteri:

- potere di provvedere, per quanto attiene fasi autorizzative "a monte" della gara, all'eventuale rielaborazione e approvazione dei progetti non ancora appaltati, in raccordo con i Provveditorati

interregionali alle OOPP;

- possibilità di assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante e di operare in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del Codice Antimafia, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea;
- poteri sostitutivi per risolvere eventuali situazioni o eventi ostativi alla tempestiva realizzazione degli interventi previsti nel piano degli interventi di progettazione e realizzazione dei lavori di cui all'art. 61 sopra-citato, anche mediante ordinanze contingibile e urgente analiticamente motivate;
- affidare mediante convenzione le funzioni di stazione appaltante per lo svolgimento di singole procedure di gara ad altri soggetti;
- fare ricorso alle procedure, anche semplificate, previste dal Codice dei contratti, ovvero ad una delle forme di partenariato pubblico privato di cui agli articoli 180 e seguenti del Codice;
- individuare il responsabile unico del procedimento tra persone dotate di adeguata professionalità in rapporto di servizio con gli enti territoriali coinvolti. Il commissario può, nel limite delle risorse disponibili e comunque non oltre 200.000 euro annui complessivi;
- affidare l'esercizio di specifiche funzioni a soggetti di alta e riconosciuta professionalità nelle discipline giuridico-economiche o ingegneristiche, con atto motivato e nel rispetto della disciplina codicistica per l'affidamento di appalti di servizi.

Valutazione

Il modello commissariale, caratterizzato da forti poteri derogatori, consente di risolvere situazioni emergenziali e contingenti.

Non dovrebbe invece essere utilizzato per sopperire a carenze o ritardi di programmazione dell'attività amministrativa. Peraltro, per realizzare celermente gli interventi infrastrutturali prioritari o le opere da "sbloccare", sarebbe senz'altro utile semplificare le procedure "a monte" della gara, relative alle fasi di programmazione e approvazione dei relativi progetti, sul modello del Commissario per la tratta dell'Alta Velocità Napoli-Bari.

La fase di affidamento delle opere, invece, dovrebbe avvenire nel pieno rispetto delle procedure previste dal Codice dei contratti e dalla legislazione **ad esso connessa, in omaggio al principio di concorrenza.**

- **Commi 3-*septies* e 3-*octies* – Società Infrastrutture Milano Cortina 2020-2026 S.p.A. e relative opere**

Il comma 3-*septies* interviene sulla costituzione della Società "Infrastrutture Milano Cortina 2020-2026 S.p.A.", a cui è affidato il compito di realizzare le opere previste per lo svolgimento delle Olimpiadi e delle Paralimipiadi invernali 2026, e sull'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura per le opere da realizzare in tale contesto, prevedendo, inoltre, che con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri si procederà all'individuazione degli interventi caratterizzati da elevata complessità progettuale o procedurale, da sottoporre alle semplificazioni normative previste in materia.

Il comma 3-*octies*, estende anche alla progettazione di fattibilità tecnico-economica (PFTE) **le verifiche stabilite per i progetti definitivi ed esecutivi delle opere incluse nell'Allegato IV del D.L. 77/2021, e prevede, inoltre, l'applicazione a tali opere delle procedure semplificate indicate per gli interventi contenuti nel PNRR e nel FNC** (fondo complementare di cui al D.L. 59/2021).

47203-G_U_ n 267 del 9_11_2021.pdfApri

47203-Circolare n 561_C2021.pdfApri