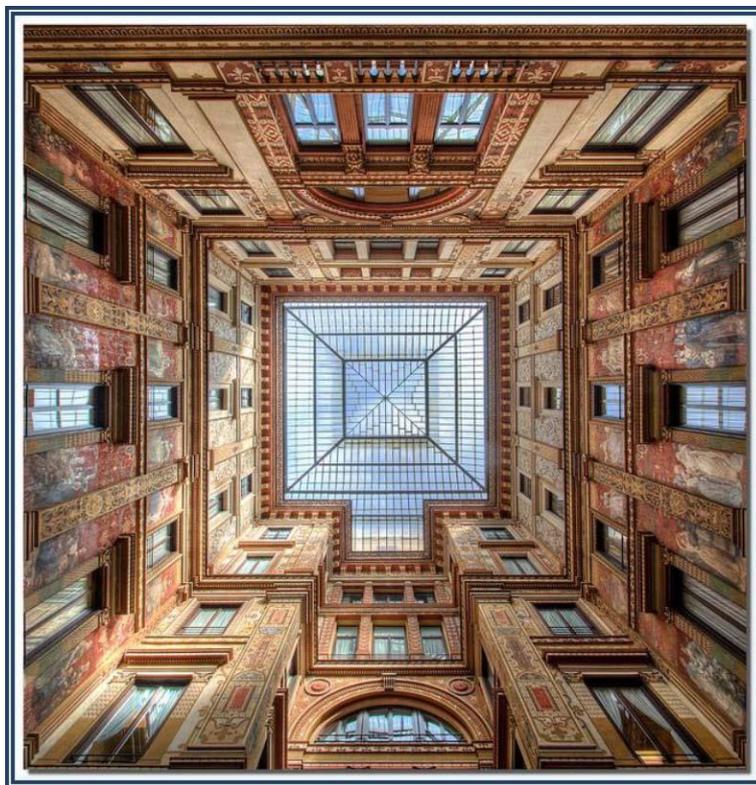




Autorità Nazionale Anticorruzione



**Decreto legge 18 aprile 2019 n. 32 recante
«Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti
pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali,
di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi
sismici»
Prime valutazioni di impatto sul sistema degli appalti
pubblici**

16 maggio 2019

Oggetto: decreto legge 18 aprile 2019 n. 32 recante «Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici». Prime valutazioni di impatto sul sistema degli appalti pubblici.

1. INTRODUZIONE

Il Decreto-Legge 18 aprile 2019 n. 32 recante “Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici” (c.d. Decreto Sblocca Cantieri), pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 92 del 18 aprile 2019 apporta, con gli articoli 1 e 2, numerose modifiche al d.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), le quali pongono alcune criticità.

Si evidenzia preliminarmente che tutte le modifiche intervenute sul Codice, dalla sua emanazione ad oggi, incluse quelle recate dal d.l. 32/2019, rendono il quadro normativo di settore poco chiaro, estremamente fluido e in continuo divenire, quale circostanza che determina evidenti difficoltà applicative delle norme di riferimento da parte degli operatori del settore.

L’incertezza giuridica del quadro normativo di settore influisce inevitabilmente sul corretto svolgimento del mercato degli appalti pubblici. Si osserva, infatti, che laddove il dato normativo si presenta frammentato e non chiaro, si incorre nel rischio di un’applicazione errata o distorta delle disposizioni di riferimento, di un allungamento dei tempi occorrenti per lo svolgimento delle procedure di aggiudicazione, oltre che della fase di esecuzione dei relativi contratti, di un conseguente aumento del contenzioso. Sotto altro profilo, un quadro giuridico confuso non favorisce la concorrenza, scoraggiando gli investimenti anche di imprese estere e, questione da evidenziare, può favorire la commissione di eventi corruttivi.

È quindi evidente il rischio che al continuo mutamento delle norme di settore, consegua un non corretto esercizio dell’azione amministrativa nel settore contrattuale pubblico.

A ciò si aggiunga che è stato presentato al Parlamento, nel mese di febbraio 2019, il disegno di legge recante la delega per la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l’integrazione della normativa in materia di contratti pubblici.

Tale circostanza, unita alle criticità sopra rappresentate, impone di prestare particolare attenzione al coordinamento generale della disciplina in materia e di limitare eventualmente gli interventi di modifica urgenti alle disposizioni che presentino effettivamente un contenuto più critico, o perché necessitano di chiarimenti da parte del legislatore o per l’impatto che a breve periodo possono avere sul mercato degli appalti pubblici.

Linee guida e nuovo Regolamento attuativo

Box di sintesi

Il d.l. 32/2019 prevede la sostituzione dei provvedimenti attuativi del Codice (linee guida e dei decreti ministeriali) con un unico Regolamento. Una simile previsione pone alcune criticità. In primo luogo tale Regolamento non sostituirà *tutte* le linee guida e i decreti indicati nel Codice, posto che alcune disposizioni contemplanti tali provvedimenti attuativi non sono state modificate, facendo quindi salva l'adozione dei predetti atti. In secondo luogo, la previsione dell'adozione del citato Regolamento entro 180 giorni, unita al regime transitorio introdotto dal nuovo comma 27-*octies* dell'art. 216 del Codice, a tenore del quale Linee guida già adottate "rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento", determina ulteriori criticità. Tale previsione normativa, infatti, cristallizza i contenuti delle Linee guida e non consente all'Autorità di apportare modifiche o integrazioni alle stesse, rendendole di fatto inapplicabili perché – in parte – non più coerenti con la fonte primaria di riferimento (ad esempio linee guida n. 4/2016, non più attuali rispetto all'art. 36 del Codice, modificato dal d.l. 32/2019, ma in vigore ai sensi dell'art. 216, comma 27-*octies*). Ne deriva un quadro normativo confuso e poco chiaro, con evidenti difficoltà applicative delle disposizioni del Codice e delle correlate linee guida da parte degli operatori del settore, vanificando di fatto le finalità di semplificazione e speditezza dell'azione amministrativa in tale settore, perseguite con il d.l. in esame, soprattutto per il rischio di contenzioso che ne può derivare. Sotto altro profilo, la disciplina recata dall'art. 216, comma 27-*octies*, non appare coerente con gli impegni assunti dal Governo italiano al fine di superare i rilievi mossi nell'ambito delle procedure di infrazione n. 2018/2273 e n. 2017/2090, tra i quali (rispettivamente) la revisione delle Linee guida n. 4/2016 e delle Linee guida n. 3/2016 dell'Anac. L'impossibilità di aggiornare o modificare le Linee guida, rende di difficile attuazione anche gli impegni assunti dal Governo per la definizione delle procedure di infrazione richiamate.

Infine, non appare coerente con la scelta di rinviare tutta la disciplina attuativa del Codice ad un unico Regolamento, l'introduzione nell'art. 110 del Codice di *nuove* Linee guida con le quali l'Autorità dovrà individuare e stabilire "requisiti aggiuntivi" che l'impresa in concordato deve possedere per partecipare a gare d'appalto (ovviando all'obbligo di avvalimento). Disposizione, questa, non coerente sia con le competenze e il ruolo dell'Autorità, trattandosi di materia che afferisce alla disciplina delle procedure concorsuali, sia con la promozione del ritorno *in bonis* dell'impresa, posto che la previsione di requisiti di partecipazione alle gare "ulteriori" rispetto a quelli già contemplati nel Codice, appare un aggravamento imposto all'impresa stessa.

Tra le modifiche al d.lgs. 50/2016 recate dal d.l. 32/2019 una delle più significative riguarda il ritorno ad un Regolamento unico attuativo del Codice, che comprenda e superi gli atti applicativi del d.lgs. 50/2016, già adottati dalla sua entrata in vigore ad oggi.

Come noto, infatti, il Codice ha rinviato, per la definizione della disciplina di dettaglio su temi specifici, alla successiva adozione di provvedimenti attuativi, ossia linee guida e decreti ministeriali, destinati a sostituire il precedente regolamento (d.P.R. n. 207/2010). Provvedimenti, questi, caratterizzati da flessibilità e capacità di adattamento, in relazione alle esigenze derivanti da eventuali modifiche delle fonti primarie o rinvenute nella prassi applicativa delle norme stesse.

Taluni dei suindicati provvedimenti attuativi del Codice, come sopra evidenziato, non sono stati ancora adottati (sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, sistema di *rating* di impresa).

E nelle more di tale completa attuazione del d.lgs. 50/2016, senza attendere quindi il completamento e la definizione del quadro normativo di settore, il decreto legge è intervenuto su

singole disposizioni del Codice contemplanti il rinvio ai decreti ministeriali ed alle Linee guida dell'Anac, prevedendo quindi la loro sostituzione con un Regolamento da adottare ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-Regioni.

Tale Regolamento, tuttavia, non andrà a sostituire *tutte* le linee guida e i decreti indicati nel Codice, posto che alcune disposizioni contemplanti tali provvedimenti attuativi non sono state modificate, facendo quindi salva l'adozione dei predetti atti (ad es. art. 78 in tema di Albo dei commissari di gara; l'art. 80, comma 13, in tema di illecito professionale grave; art. 181 in tema di partenariato), con ciò ingenerando ulteriore incertezza applicativa della disciplina in esame.

Secondo le previsioni del decreto legge n. 32/2019, il nuovo Regolamento dovrà essere adottato entro 180 giorni.

Si prevede quindi un regime transitorio a tenore del quale i provvedimenti già adottati, comprese le Linee guida, resteranno in vigore fino all'adozione del predetto Regolamento.

In particolare è stato inserito, all'art. 216 del Codice, il comma 27-*octies* ai sensi del quale «Nelle more dell'adozione, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-Regioni, di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2 e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma».

La lettera della norma è chiara nel disporre l'ultrattività delle Linee guida già adottate in attuazione delle disposizioni del Codice, le quali “rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento”.

Tale ultrattività ne cristallizza necessariamente i contenuti e non consente quindi all'Autorità di apportare modifiche o integrazioni alle stesse, escludendo – peraltro – in radice, la possibilità che l'Autorità ne adotti di nuove, in sostituzione di quelle attualmente in vigore.

Tenuto conto del mutato assetto normativo di settore, per effetto delle modifiche recate dal decreto in esame, l'impossibilità di adeguare le Linee Guida alle novellate disposizioni del Codice, reca con sé una rilevante criticità: l'introduzione di un quadro normativo in materia di appalti, ulteriormente confuso e poco chiaro, con evidenti difficoltà applicative delle disposizioni del Codice e delle correlate linee guida da parte degli operatori del settore.

Tali criticità, inevitabilmente, avranno effetti negativi sul corretto e celere svolgimento delle procedure di aggiudicazione, vanificando di fatto le finalità di semplificazione e speditezza dell'azione amministrativa in tale settore, perseguite con il provvedimento in esame, soprattutto per il rischio di contenzioso che ne può derivare.

Per scongiurare tali rischi appare, dunque, necessaria una attenta riflessione sulle possibili conseguenze derivanti da una previsione, come quella dell'art. 216, comma 27-*octies* del Codice, che cristallizza i contenuti delle Linee Guida già adottate dall'Anac, rendendole di fatto inapplicabili perché – in parte – non più coerenti con la fonte primaria di riferimento (si pensi ad esempio alle disposizioni dell'art. 36 del d.lgs. 50/2016, in materia di affidamenti sotto-soglia,

oggetto di modifica da parte del d.l. 32/2019 ed alle correlate linee guida n. 4/2016, non più attuali rispetto al testo normativo di riferimento ma in vigore ai sensi dell'art. 216, comma 27-*octies*).

Altra criticità che la disposizione transitoria in esame reca con sé, attiene al fatto che la stessa non contempla indicazioni in ordine alla possibilità che la scadenza dei centottanta giorni previsti per l'adozione del Regolamento non venga rispettata.

Si consideri al riguardo che l'adozione del D.P.R. 207/2010 (regolamento di attuazione del d.lgs. 163/2006) è intervenuta a distanza di quattro anni dall'entrata in vigore del previgente Codice. Pertanto, la possibilità che allo scadere dei centottanta giorni previsti, l'adozione del nuovo Regolamento non intervenga, deve essere attentamente ponderata dal legislatore.

Tale circostanza, infatti, avrebbe effetti ancor più negativi sul corretto svolgimento del mercato degli appalti pubblici, nel quale gli operatori si troverebbero ad operare in assenza di riferimenti normativi certi, con ciò amplificando le criticità sopra illustrate.

Sotto altro profilo, non meno rilevante, occorre sottolineare che la disciplina recata dall'art. 216, comma 27-*octies*, non appare coerente con gli impegni assunti dal Governo italiano al fine di superare i rilievi mossi nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273 ("Non conformità dell'ordinamento interno rispetto ad alcune disposizioni delle direttive europee in materia di contratti pubblici").

Si consideri, infatti, che – come rappresentato dall'Autorità alla Presidenza del Consiglio e alla Presidenza di Camera e Senato con nota prot. n. 36525 dell'8.5.2019 - in relazione alla procedura di infrazione sopra indicata, la stessa Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento per gli Affari Giuridici e Legislativi), nel fornire indicazioni circa le modalità con cui si intende superare le criticità evidenziate nella lettera di costituzione in mora del 24 gennaio 2019, con nota del 22 marzo 2019, inviata al Dipartimento per le politiche europee, ha indicato tra le suddette modalità la revisione delle Linee guida n. 4 dell'Anac concernenti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici", il cui testo rivisto era stato inviato in data 14 marzo 2019 al Consiglio di Stato per il previsto parere (Parere reso con atto n. 1312 del 30 aprile 2019).

La successiva entrata in vigore del d.l. 32/2019, che ha introdotto la citata previsione di cui all'articolo 216, comma 27-*octies*, sulla base di quanto già sottolineato, preclude la possibilità da parte dell'Autorità di modificare le Linee guida 4, adottate ai sensi dell'articolo 36, comma 7, del Codice, anche solo al fine di renderle compatibili con le indicazioni comunitarie, fatte proprie dalla Presidenza del Consiglio.

Analoghi problemi si registrano per quanto concerne la Procedura di infrazione n. 2017/2090 ("Non conformità dell'art. 77 del decreto legislativo n. 56 del 19 aprile 2017 con la direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali"), per la quale la Commissione Europea ha informato le Autorità italiane che le modifiche di recente introdotte all'articolo 113-bis del d.lgs. n. 50/2016 (con la Legge Europea 2018, definitivamente approvata dal Senato lo scorso 16 aprile) vanno incontro alle esigenze manifestate nella lettera di costituzione in mora, ma per definire la procedura di infrazione sono necessarie modifiche conseguenti al d.m. 49/2018 e alle Linee guida n. 3 dell'ANAC recanti "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni".

Anche per tali Linee guida, emanate ai sensi dell'articolo 31, comma 5, del Codice degli appalti sembra preclusa la possibilità di modifiche, sulla base delle disposizioni del citato art. 216, comma 26-octies del Codice.

Consegue da quanto sopra che la disciplina transitoria dettata da tale ultima disposizione normativa introdotta dal d.l. 32/2019, cristallizzando i contenuti delle linee guida già adottate dall'Autorità nelle materie sopra indicate, con conseguente impossibilità di un loro aggiornamento o modifica, rende di difficile attuazione anche gli impegni assunti dal Governo stesso per la definizione delle procedure di infrazione in precedenza richiamate.

Sull'argomento in esame un'ultima riflessione merita la scelta operata con il d.l. 32/2019 di introdurre nell'art. 110 del Codice la previsione di *nuove* Linee guida con le quali l'Autorità dovrà individuare e stabilire "requisiti aggiuntivi" che l'impresa in concordato deve possedere per partecipare a gare d'appalto (ovviando all'obbligo di avvalimento).

Una simile previsione desta perplessità sotto un duplice profilo.

In primo luogo, la norma non appare coerente con la scelta del legislatore di rinviare tutta la disciplina attuativa del Codice ad un unico Regolamento, con superamento quindi dell'impostazione originaria del d.lgs. 50/2016 contemplante – come evidenziato – decreti ministeriali e linee guida applicativi del Codice. La previsione di singole linee guida in materia di requisiti aggiuntivi dell'impresa in concordato, sembra quindi una contraddizione della suindicata scelta del legislatore.

In secondo luogo, si osserva nel merito che, come già più volte rappresentato dall'Autorità in diverse sedi, l'attribuzione della competenza all'Anac di individuare con proprie linee guida "i requisiti aggiuntivi" che le imprese in concordato devono possedere (per ovviare all'obbligo di avvalimento), per partecipare alle gare d'appalto, quale aspetto che può avere effetti diretti sullo svolgimento delle procedure concorsuali disciplinate dal r.d. 16 marzo 1942, n. 267, non appare pienamente coerente con le competenze e il ruolo affidati dal legislatore all'Autorità, trattandosi di materia che afferisce più specificamente alla disciplina delle suindicate procedure concorsuali, di competenza del giudice delegato.

Sotto diverso profilo, non meno rilevante alla luce delle finalità perseguite dall'istituto del concordato, la previsione di requisiti di partecipazione alle gare, "ulteriori" rispetto a quelli già contemplati nel Codice, appare un aggravamento imposto all'impresa in concordato, non coerente con la promozione del ritorno *in bonis* dell'impresa, perseguita con la disciplina del predetto istituto.

2. CELERITÀ E SEMPLIFICAZIONE

Appalti sotto-soglia

Box di sintesi

Le modifiche apportate alla disciplina degli appalti sotto-soglia rischiano di non centrare gli obiettivi di snellimento e semplificazione che la novella si prefigge. In primo luogo, la riduzione della soglia entro cui è possibile ricorrere alla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori amplia l'ambito di applicazione delle procedure aperte, con le conseguenti

complessità legate alla gestione di procedure molto partecipate. I contrappesi introdotti non paiono essere del tutto efficaci. Gli effetti acceleratori della preferenza accordata al criterio del prezzo più basso potrebbero rivelarsi di scarso rilievo in quanto impattanti su una percentuale non significativa di affidamenti e potrebbero essere in parte neutralizzati dalla reintroduzione dell'appalto integrato che implica l'utilizzo del criterio o.e.p.v. L'inversione procedimentale, oltre a non essere coerente con un sistema di aggiudicazione al prezzo più basso con esclusione automatica delle offerte anomale che calcola la soglia di anomalia sulla base delle offerte ammesse, implica l'appesantimento procedurale del secondo calcolo della soglia di anomalia, favorisce l'aumento del contenzioso e lascia margini per manovre in grado di condizionare gli esiti dell'affidamento, in sede di soccorso istruttorio, da parte di operatori economici non utilmente collocati in graduatoria e soggetti al controllo dei requisiti.

Il dichiarato obiettivo di rilancio del settore dei contratti pubblici passa, secondo l'impostazione del d.l. n. 32/2019, per una profonda revisione della disciplina dell'affidamento degli appalti di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario.—In estrema sintesi, il nucleo essenziale della novella apportata alle disposizioni riguardanti gli affidamenti sottosoglia consiste nell'abbassamento della soglia (da 999.999,00 a 199.999,00 euro) entro la quale è possibile affidare i lavori tramite procedura negoziata con contemporanea riduzione del numero minimo degli operatori da consultare (da 10 e 15, a seconda del valore dell'appalto, a 3) e nella corrispondente riespansione della procedura aperta (per lavori di importo pari e superiore a 200.000,00 euro), a cui fanno da contrappeso una serie di strumenti pensati per conferire speditezza (soprattutto, si ritiene) alle procedure aperte, potenzialmente lunghe e farraginose, tenuto anche conto del probabile alto numero dei partecipanti non filtrati da una preliminare fase selettiva (*favor* per il criterio del minor prezzo, obbligo di esclusione automatica delle offerte anomale e facoltà di inversione delle fasi procedurali della gara).

La nuova disciplina risulta delineata nei termini sopra evidenziati in forza del combinato effetto (i) degli interventi sul comma 2 dell'art. 36 - abrogazione delle lettere c) (c.d. negoziata "aggravata", per lavori di valore compreso tra 150.000,00 e 999.999,00) e d) (procedure ordinarie per lavori di importo pari o superiore a 1.000.000,00), modifica della lettera b), già peraltro (transitoriamente) emendata dall'art. 1, comma 912, della l. n. 145/2018 e riscrittura della lettera d) (procedura aperta per lavori di importo pari o superiore a 200.000,00 euro) - ; (ii) dell'introduzione del comma 9-bis dell'art. 36 (preferenza accordata al minor prezzo con previsione di un aggravato onere motivazionale in caso di scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa); (iii) della modifica del comma 8 dell'art. 97 (obbligo di esclusione automatica delle offerte che superano la soglia di anomalia negli appalti di valore inferiore alle soglie dell'art. 35, aggiudicati con il criterio del prezzo più basso e che non presentano carattere transfrontaliero certo, quando il numero delle offerte ammesse è almeno pari a 10); (iv) della modifica del comma 5 dell'art. 36 (introduzione della facoltà della stazione appaltante di anteporre la fase di esame delle offerte a quella di verifica dell'ammissibilità dei concorrenti).

A ciò fanno da corollario i nuovi commi 6-bis, 6-ter e 6-quater dell'art. 36 che, con riferimento alle procedure dei mercati elettronici, sono tesi a ridurre l'impatto sulla gara della fase di verifica

dei requisiti di cui all'art. 80 (limitato a un campione significativo di operatori economici) e dei requisiti speciali (il cui possesso è verificato dalla stazione appaltante solo nei confronti dell'aggiudicatario), anche attraverso l'introduzione della facoltà di sostituire il DGUE con formulari standard nella fase di abilitazione/ammissione.

La modifica dell'art. 36 comma 2 lett. d) e del comma 9-bis d.lgs. n. 50/2016 impone, in caso di affidamenti al di sotto della soglia comunitaria, il ricorso al criterio del prezzo più basso (in luogo del criterio dell'o.e.p.v.), in un'ottica di semplificazione ed accelerazione delle procedure.

Al riguardo, in primo luogo occorre rilevare che l'evidenza dei dati presenti nella BDNCP mostra come tale modifica sarà probabilmente di impatto assai ridotto.

Infatti, per quanto attiene al settore lavori, il numero degli affidamenti, al di sotto della soglia comunitaria, per i quali è stato utilizzato il criterio dell'o.e.p.v. nell'anno 2018 è pari solo al 12,89% del totale degli affidamenti dei lavori; nell'anno 2017 tale percentuale è stata appena del 14,41%.

Per contro, per effetto della reintroduzione dell'appalto integrato (art. 216 comma 4 bis) – che implica l'utilizzo del criterio o.e.p.v. – è ragionevole immaginare che un certo numero di lavori, finora affidati mediante il ricorso al criterio del prezzo più basso, dovrà necessariamente essere adesso assegnato utilizzando il criterio dell'o.e.p.v.

Per quanto attiene al settore servizi, il numero degli affidamenti, al di sotto della soglia comunitaria, per i quali è stato utilizzato il criterio dell'o.e.p.v. nell'anno 2018 è pari al 40%; tuttavia deve evidenziarsi che circa il 12% dei servizi (percentuale valutata in difetto in quanto non sono stati computati tutti i servizi ad alto contenuto di manodopera ma soltanto quelli di architettura e ingegneria, mensa e pulizia) continuerà ad essere affidato mediante o.e.p.v. (trattandosi di servizi rientranti nelle ipotesi previste dall'art. 95 comma 3 d.lgs. n. 50/2016); la modifica quindi potrà astrattamente incidere su meno del 30% degli affidamenti. Inoltre anche gli affidamenti di forniture sottosoglia sono già affidati mediante o.e.p.v. in una percentuale inferiore al 21%.

Pertanto, il combinato disposto tra la modifica normativa volta ad imporre il prezzo più basso per gli affidamenti sotto soglia –già di per sé di scarso impatto – e la modifica normativa volta alla reintroduzione dell'appalto integrato, finirà verosimilmente per produrre – quantomeno nel settore dei lavori - effetti in decisa controtendenza rispetto agli intenti di semplificazione sottesi al DL.

Ciò posto, ulteriore (ovvia) considerazione a fronte del nuovo quadro normativo è che la sensibile riduzione dei margini entro cui è possibile ricorrere alla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori, se è da guardarsi favorevolmente sotto il profilo proconcorrenziale, non è forse lo strumento più idoneo al perseguimento degli obiettivi di snellimento e semplificazione, in quanto amplia considerevolmente l'ambito di applicazione delle procedure aperte che, come premesso, non prevedendo una fase preliminare di selezione dei partecipanti, soprattutto in un mercato così popolato come quello delle imprese di lavori medio-piccole, rischiano di registrare un numero altissimo di partecipanti. Di contro, l'estrema e, si ritiene, eccessiva contrazione del numero minimo degli operatori (3) da invitare alle procedure negoziate di lavori di valore inferiore a 200.000,00 euro (art. 36, comma 2, lett. b) rischia di non consentire nella maggior parte dei casi l'esclusione automatica delle offerte che superano la soglia di anomalia, per la quale è richiesta la presenza di almeno 10 offerte ammesse (art. 97, comma 8).

Per quanto riguarda i correttivi introdotti per accelerare e semplificare gli affidamenti e, in particolare, per superare la complessità della gestione di gare aperte molto partecipate (soprattutto da parte di stazioni appaltanti di piccole dimensioni e poco organizzate; *cf.*, in questo senso, art. 37, comma 4, con la “liberalizzazione” degli appalti dei comuni non capoluogo di provincia), si ritiene che essi non siano privi di (in alcuni casi, significative) criticità.

Il *favor* riconosciuto al criterio del minor prezzo ribalta il rapporto tra i criteri di aggiudicazione stabilito dalla direttiva n. 2014/24/UE (Considerando 90 e art. 67), e ribadito dalla legge delega n. 11/2016, introducendo un regime più favorevole al criterio del minor prezzo di quello dettato dal d.lgs. n. 163/2006, che metteva i due criteri sullo stesso piano. Inoltre si ritiene che la preferenza accordata al criterio del minor prezzo possa andare a scapito della qualità delle opere, soprattutto se si tiene conto dell'intervenuto ampliamento dell'utilizzo dell'appalto integrato (*cf.* art. 23, comma 3-*bis*); per i servizi e le forniture, invece, si ritiene positiva la permanenza della riserva a favore del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nei casi di cui al comma 3 dell'art. 95, espressamente fatta salva dal comma 9-bis dell'art. 36. Si auspica pertanto che, in sede di conversione, il legislatore elimini l'onere di motivare la scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, equiparando i due criteri di aggiudicazione.

Inoltre, l'obbligo di procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale, introdotto al comma 8 dell'art. 97 al ricorrere delle condizioni ivi indicate (carattere non transfrontaliero dell'appalto e numero di offerte ammesse almeno pari a 10), è già stato oggetto di censura da parte del Consiglio di Stato nel parere n. 782/2017 reso sullo schema del correttivo al d.lgs. n. 50/2016 laddove, coerentemente con gli insegnamenti della CGUE, ha rammentato che “l'esclusione automatica – da considerare comunque un'eccezione rispetto alla regola che impone la verifica in contraddittorio della congruità delle offerte sospette – non può essere prevista come un obbligo (come sembra fare il correttivo seppure limitatamente agli appalti di lavori di importo fino a un milione di euro), ma deve restare una facoltà lasciata alla stazione appaltante”. Fatto pertanto salvo il riferito monito del Consiglio di Stato, che si ritiene vada ribadito anche con riferimento alla disciplina in esame, si rileva che l'esclusione automatica delle offerte anomale appare difficilmente conciliabile con l'istituto dell'inversione procedimentale così come declinato nel comma 5 dell'art. 36¹.

La facoltà della stazione appaltante di anteporre l'esame delle offerte alla verifica dell'ammissibilità dei concorrenti è prevista, per le procedure aperte, al comma 2² dell'art. 56 della direttiva n. 2014/24/UE e ha peraltro già fatto la sua comparsa nell'ordinamento nazionale (art. 133, comma 8, d. lgs. n. 50/2016, con riferimento ai settori speciali). In disparte i rischi

¹ “Le stazioni appaltanti possono decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la procedura. Se si avvalgono di tale facoltà, le stazioni appaltanti verificano in maniera imparziale e trasparente che nei confronti del miglior offerente non ricorrano motivi di esclusione e che sussistano i requisiti e le capacità di cui all'articolo 83 stabiliti dalla stazione appaltante; tale controllo è esteso, a campione, anche sugli altri partecipanti, secondo le modalità indicate nei documenti di gara. Sulla base dell'esito di detta verifica, si procede eventualmente a ricalcolare la soglia di anomalia di cui all'articolo 97. Resta salva, dopo l'aggiudicazione, la verifica sul possesso dei requisiti richiesti ai fini della stipula del contratto”.

² “Nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi degli articoli da 57 a 64. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 57 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice. Gli Stati membri possono escludere o limitare l'uso della procedura di cui al primo comma per determinati tipi di appalti o a circostanze specifiche”.

connaturati all'istituto, e già evidenziati dalla giurisprudenza (TAR Toscana, sez. II, 29 ottobre 2018, n. 1391), della previa conoscenza del contenuto delle offerte in grado di influire anche sulle decisioni in merito all'ammissione dei concorrenti alla procedura nei casi in cui è attribuito alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale (si pensa ai casi di illecito professionale) e del conseguente prevedibile aumento del contenzioso (si pensa al miglior offerente che si vede escluso a seguito della verifica dei requisiti), l'applicazione, come nel caso in esame, dell'inversione procedimentale (con previsione di ricalcolo della soglia di anomalia) a un sistema di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo (con obbligo di esclusione automatica delle offerte anomale) sembrerebbe non essere esente da alcuni profili critici. Il sistema di aggiudicazione al minor prezzo, così come delineato dal d.lgs. n. 50/2016 (art. 95 e 97), presuppone infatti la preliminare identificazione della platea delle offerte ammesse, ad evitare che offerte di soggetti privi dei requisiti contribuiscano a determinare la soglia di anomalia, e la cristallizzazione di tale platea a seguito della fase amministrativa di prima ammissione (art. 95, comma 15), allo scopo di assicurare stabilità agli esiti finali dei procedimenti di gara. Il comma 5 dell'art. 36, avendo posticipato la verifica dell'ammissibilità dei concorrenti a un momento successivo all'esame delle offerte, in coerenza con il delineato sistema, prevede che, nel caso in cui, a seguito della verifica dei requisiti, la platea degli ammessi risulti diversa da quella dei partecipanti, la soglia venga ricalcolata. Tuttavia il ricalcolo della soglia successivo alla verifica postuma dei requisiti, oltre a rappresentare un appesantimento procedurale incompatibile con le finalità acceleratorie e di semplificazione del d.l. n. 32/2019, sembrerebbe aprire margini per manovre in grado di condizionare gli esiti dell'affidamento da parte di operatori economici non utilmente collocati in graduatoria, e soggetti al controllo dei requisiti, che, a seconda della propria condotta in sede di verifica (si pensa alla mancata produzione di documentazione integrativa in sede di soccorso istruttorio), potrebbero influire sugli esiti della gara. Una parziale attenuazione di questo rischio potrebbe essere rappresentata dall'introduzione, in sede di conversione, della previsione del sorteggio in seduta pubblica dei partecipanti diversi dal miglior offerente da sottoporre a controllo, comunque auspicabile, unitamente alla predeterminazione della percentuale minima dei partecipanti da verificare, eventualmente variabile secondo criteri predeterminati in funzione del numero dei partecipanti.

D'altra parte, anche l'opzione di non procedere al ricalcolo della soglia di anomalia e di basarsi sulle offerte di tutti i partecipanti (anche eventualmente esclusi), parrebbe non completamente immune da rischi di manipolazione dell'esito della procedura perché non intercetterebbe il fenomeno della partecipazione di comodo alla gara da parte di soggetti anche privi dei requisiti al solo scopo di condurre la soglia di anomalia, riducendola o aumentandola, verso livelli "graditi" (a terzi).

Da ultimo, non si può tuttavia non evidenziare il mancato coordinamento tra la previsione della procedura aperta per lavori di importo pari o superiore a 200.000,00 euro di cui alla lett. d) e la possibilità, fatta salva nell'*incipit* del comma 2 dell'art. 36, di ricorrere comunque alle procedure ordinarie per gli affidamenti sotto-soglia, in alternativa alle modalità indicate nel prosieguo dello stesso comma. La facoltà di utilizzare le procedure ordinarie, ivi comprese quelle ristrette, sempre e indipendentemente dal valore dell'appalto, sembrerebbe ridimensionare la portata innovativa della lettera d) che parrebbe sovrapporsi ad una modalità di affidamento già contemplata.

Motivi di esclusione

Box di sintesi

Le modifiche apportate ai motivi di esclusione dalle gare rischiano di ingenerare numerosi contenziosi e rallentare l'affidamento delle commesse pubbliche. L'introduzione della causa di esclusione "facoltativa" nei confronti degli operatori economici che non abbiano ottemperato agli obblighi di pagamento di imposte o contributi in caso di violazioni "non definitivamente" accertate andrebbe temperata richiamando il carattere di gravità della violazione, in ossequio al principio di proporzionalità. Diverse sono, inoltre, le criticità riscontrate riguardo l'efficacia temporale dell'interdizione alle procedure di gara: 1) relativamente alle sentenze penali di condanna, è necessario un maggiore coordinamento tra la prescrizione di cui al comma 10, lett. b) dell'art. 80, quella di cui al comma 10-bis, primo periodo, e l'art. 317-bis c.p., onde evitare possibili antinomie tra le disposizioni del Codice degli appalti e le previsioni del Codice penale; 2) relativamente ai casi diversi dalle condanne penali, la previsione di una durata fissa (tre anni) per l'interdizione difetta della necessaria proporzionalità con le eterogenee ipotesi contemplate dal comma 5 dell'art. 80, ingenerando anche confusione sulla valenza escludente di fatti la cui verifica è soggetta ad un accertamento puntuale disposto con riferimento al momento dell'autodichiarazione resa, senza considerare che la decisione di ancorare il decorso del termine alla "data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione", oltre a porsi in contrasto con le direttive europee, rende incerto quale debba essere il *dies a quo*, rendendo al contempo inapplicabile l'esclusione agli illeciti professionali gravi non cristallizzati in un provvedimento amministrativo; 3) appare, in ogni caso, poco chiara la formulazione dell'ultimo periodo del comma 10-bis dell'art. 80, che sembra introdurre uno spazio di discrezionalità eccessivamente lato in favore delle stazioni appaltanti, chiamate a tener conto del tempo occorrente alla definizione del giudizio ai fini delle loro decisioni in ordine all'eventuale esclusione del concorrente dalla gara.

Particolare attenzione meritano le modifiche apportate dall'art. 1, comma 1, lett. n) del d.l. n. 32/2019 alle cause di esclusione dalle gare di cui all'art. 80 del Codice. Sebbene sia da valutare positivamente l'allineamento tra l'ambito di applicazione soggettivo delle condanne penali rilevanti ai fini della partecipazione alle procedure di gara e quello dei controlli antimafia, con riferimento alle società a capitale ristretto (più volte auspicato dall'Autorità³), la novellata disposizione desta perplessità sotto il profilo dell'esigenza di semplificare le procedure di affidamento delle commesse pubbliche e di rendere più chiaro il quadro normativo, con particolare riferimento ai requisiti di cd. regolarità fiscale e previdenziale e all'efficacia temporale dell'interdizione alla partecipazione alle gare.

Per quanto concerne i requisiti di regolarità fiscale e previdenziale, rischia di avere effetti dirimpenti sull'ammissione alle procedure di gara, l'introduzione, in seno all'art. 80, comma 4, del Codice, della causa di esclusione facoltativa nei confronti degli operatori economici che non abbiano ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali in caso di violazioni "non definitivamente" accertate ma comunque "adeguatamente dimostrate" dalla stazione appaltante.

³ Si veda l'Atto di segnalazione n. 5 del 12 dicembre 2018, recante "Proposta di modifica dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del Codice dei contratti pubblici".

Sebbene detta modifica si sia resa necessaria per risolvere la procedura di infrazione n. 2018/2273 avviata dalla Commissione Europea nei confronti dell'Italia⁴, si evidenzia la necessità di richiamare, in ossequio al principio di proporzionalità, il carattere di gravità della violazione, sulla falsariga di quanto previsto dal primo periodo del comma 4 dell'art. 80, nonché dalla lett. c) del comma 5 della medesima disposizione con riguardo ai “*gravi illeciti professionali*”. Detta precisazione, oltre ad apparire coerente con il considerando n. 101 della direttiva 2014/24/UE⁵, consentirebbe di risolvere la potenziale disparità di trattamento tra la situazione in cui versa un operatore economico che abbia commesso violazioni accertate in via definitiva, le quali vengono in rilievo solo se gravi (e, per quanto riguarda l'omesso pagamento di imposte, solo per importi superiori ad Euro 5.000,00), e quella, invece, in cui versa l'operatore economico che non abbia subito un accertamento definitivo ed abbia commesso un'omissione di lieve importo. Inoltre, dal momento che la vigente disposizione attribuisce la valutazione delle violazioni non definitive alla discrezionalità della stazione appaltante (“*un operatore economico può essere escluso...*”), particolare attenzione va concentrata sull'onere probatorio incombente sulla P.A., la quale, laddove venga a conoscenza di una violazione fiscale o contributiva non definitivamente accertata a carico di un concorrente, non potrà procedere alla sua esclusione automatica dalla gara, ma dovrà effettuare le valutazioni di competenza in ordine alla rilevanza sostanziale della situazione nel rispetto del principio di proporzionalità, tenendo presente l'entità della violazione (anche in rapporto al fatturato dell'impresa), il tempo trascorso e le eventuali recidive. Sotto questo profilo, si segnala che, sulla falsariga di quanto è stato disposto con riferimento alla prescrizione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, si potrebbe valutare di prevedere l'attivazione di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico, nonché di demandare alle linee guida ANAC (di cui all'art. 213, comma 2, del Codice) oppure al regolamento (di cui all'art. 216, comma 27 -*octies* del Codice) la precisazione dei “*mezzi di prova adeguati*” per la dimostrazione della causa di esclusione in commento, al scopo di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti. Sotto altro profilo, diverse sono le criticità riscontrate riguardo l'efficacia temporale dell'interdizione alla partecipazione alle procedure di affidamento disciplinata dai neo-introdotti commi 10 e 10-*bis* dell'art. 80.

Il primo rilievo attiene al periodo massimo di esclusione in caso di sentenza di condanna definitiva che non fissa la durata della pena accessoria dell'incapacità a contrattare con la P.A., con particolare riferimento al caso in cui, per uno dei reati di cui all'art. 317-*bis* c.p., venga inflitta la pena principale della reclusione per un tempo non superiore a due anni⁶. In particolare,

⁴ Con lettera di costituzione in mora – infrazione n. 2018/2273, la Commissione Europea aveva rilevato la non conformità dell'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 con l'art. 38, par. 5, secondo comma della direttiva 2014/23/UE e dell'art. 57, par. 2, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE “*in quanto non consente di escludere un operatore economico che ha violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione – pur non essendo stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo – possa essere comunque adeguatamente dimostrata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore*”.

⁵ Nel considerando 101 della citata direttiva europea, nell'ultimo periodo, viene, infatti, precisato che: “*Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione*”.

⁶ L'art. 317-*bis* del codice penale, a seguito della modifica apportata dall'art. 1, comma 1, lett. m) della L. 9 gennaio 2019, n. 3 recante “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*” (cd. Legge Spazza-corrotti), dispone che: “*1. La condanna per i reati di cui agli articoli 314, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis importa l'interdizione perpetua dai pubblici uffici e l'incapacità in perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio. Nondimeno, se viene inflitta la reclusione per un tempo non superiore a due anni o se ricorre la circostanza attenuante prevista dall'articolo 323-bis, primo comma, la condanna importa l'interdizione e il divieto temporanei, per una durata non inferiore a cinque anni né superiore a sette anni. 2.*”

il secondo periodo del comma 1 dell'art. 317-*bis* c.p. contempla due ipotesi – 1) condanna alla reclusione per un tempo non superiore a due anni; 2) condanna ad una pena detentiva superiore ma con la concessione della circostanza attenuante di cui all'art. 323-*bis*, primo comma, c.p. – accomunate dalla previsione, quale pena accessoria, del divieto a contrarre con la P.A. per una durata da cinque a sette anni. Il problema che si pone a livello esegetico riguarda il coordinamento tra la prescrizione di cui al comma 10, lett. b) dell'art. 80 - la quale prevede che, per entrambe le ipotesi sopra menzionate, l'interdizione alla partecipazione alle gare sia pari a sette anni - e la previsione di cui al primo periodo del comma 10-*bis* dell'art. 80 - la quale dispone *inter alia* che, nei casi di cui alla predetta lett. b), la durata dell'interdizione sia pari a quella prevista per la pena principale se quest'ultima è inferiore a sette anni. Orbene, con riferimento alla condanna alla reclusione non superiore a due anni (ipotesi n. 1) non risulta concretamente applicabile la prescrizione di cui alla lett. b) del comma 10 (interdizione dalle gare per sette anni), come sembrerebbe dalla lettura della disposizione in commento. Inoltre, al caso di condanna inferiore a 2 anni, stante la previsione dell'art. 317-*bis*, comma 1, secondo periodo del c.p., a tenore del quale la pena accessoria non è mai inferiore a 5 anni (né superiore a 7), non può trovare corretta applicazione il primo periodo del comma 10-*bis* dell'art. 80 laddove viene dettato il principio della durata dell'interdizione in misura pari alla pena principale. Si invoca, pertanto, un maggiore coordinamento tra la prescrizione di cui al comma 10, lett. b) dell'art. 80, quella di cui al comma 10-*bis*, primo periodo, e l'art. 317-*bis* c.p.

Il secondo rilievo attiene, invece, alla durata dell'interdizione dalla partecipazione alle gare nelle ipotesi contemplate dal comma 5 dell'art. 80, per le quali è stata prevista una durata fissa pari a tre anni *“decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza”*. Le perplessità ed incertezze sollevate dalla suddetta disposizione sono molteplici.

In primo luogo, si osserva che, sebbene la previsione di una durata massima della preclusione alla partecipazione alle gare per le ipotesi di illeciti non connessi alle condanne penali sia stata imposta dalla necessità di coordinare il quadro normativo con la prescrizione di cui al par. 7, art. 57 della direttiva 2014/24/UE⁷, la novellata disposizione difetta di una necessaria proporzionalità tra le diverse ipotesi contemplate nel comma 5 dell'art. 80, il quale elenca una serie piuttosto eterogenea di cause escludenti, di diversa incidenza sulla moralità dell'operatore economico ed anche di diversa efficacia temporale. A titolo esemplificativo, si rileva che la mancata presentazione della certificazione relativa al rispetto della normativa sui disabili (di cui alla lett. l del comma 5), così come la sussistenza di una situazione di controllo e/o collegamento sostanziale con altro concorrente (di cui alla lett. m) e la sussistenza di una situazione di conflitto di interessi (di cui alla d) hanno ontologicamente un'efficacia temporale circoscritta alla specifica gara cui ineriscono e non sono suscettibili di determinare l'esclusione anche alle gare future (ovviamente laddove la ragione che abbia determinato l'espulsione sia venuta meno). Inoltre, sempre nell'elencazione di cui al comma 5 dell'art. 80, figurano alcune fattispecie per le quali è prevista una diversa durata

Quando ricorre la circostanza attenuante prevista dall'articolo 323-bis, secondo comma, la condanna per i delitti ivi previsti importa le sanzioni accessorie di cui al primo comma del presente articolo per una durata non inferiore a un anno né superiore a cinque anni”.

⁷ Il quale dispone che: *“In forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione del presente articolo. In particolare essi determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità. Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4”.*

dell'interdizione dalla partecipazione alle gare; si pensi, ad esempio, all'iscrizione dell'operatore economico nel casellario informatico dell'ANAC per avere presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara (lett. f-ter) oppure ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione (lett. g) rispetto alle quali la durata dell'interdizione non può essere pari a tre anni (come previsto dal comma 10-bis dell'art. 80, quale durata fissa) ma è variabile e coincide con la durata dell'iscrizione nel casellario; analogo discorso è valido con riferimento alla violazione del divieto di intestazione fiduciaria di cui all'art. 17 della L. n. 55/1990, per la quale la lett. h) del comma 5 dell'art. 80 prevede la durata massima di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione. Si ritiene, pertanto, necessario procedere ad un coordinamento tra la durata massima di tre anni prevista dal comma 10-bis in commento e le ipotesi escludenti contemplate dal comma 5 dell'art. 80, precisando a quali fattispecie è applicabile l'interdizione pari a tre anni, tenendo comunque presente il rispetto del principio di proporzionalità.

In secondo luogo, desta incertezza l'individuazione, quale *dies a quo* dell'interdizione, della “*data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione*”, non essendo chiaro a quale provvedimento occorra fare riferimento. Sotto tale profilo, merita evidenziare che non tutte le situazioni contemplate nel variegato comma 5 dell'art. 80 vengono cristallizzate in un provvedimento amministrativo, tantomeno in un provvedimento di esclusione da una precedente gara. Basti pensare che, con riguardo alla commissione di gravi illeciti professionali, rilevano anche i comportamenti gravi e significativi tenuti dal concorrente nell'esecuzione di precedenti contratti o posti in essere durante lo svolgimento della procedura di gara (come precisato dalle Linee Guida ANAC n. 6), così come, sempre ai fini dell'affidabilità professionale, rilevano i provvedimenti di risoluzione anticipata del contratto d'appalto aventi natura privatistica (si pensi alla risoluzione per grave inadempimento dell'appaltatore). La vigente formulazione del secondo periodo del comma 10-bis dell'art. 80, nella parte in cui prevede la decorrenza della sanzione interdittiva dalla data di adozione del provvedimento, introduce, dunque, un elemento di profonda incertezza nel sistema – con il rischio di ingenerare contenzioso e quindi rallentare le procedure di affidamento – comportando da un lato l'impossibilità di applicare tale previsione a tutte le fattispecie contemplate nel comma 5 dell'art. 80, con il rischio di escludere dal novero della disposizione tutte quelle situazioni di illecito professionale grave (come la risoluzione contrattuale) non cristallizzate in un provvedimento amministrativo di esclusione, dall'altro prestandosi ad interpretazioni difformi da parte delle stazioni appaltanti, le quali, in mancanza di un dato normativo chiaro, potrebbero fare decorrere *ad libitum* la sanzione interdittiva da un qualsiasi provvedimento di esclusione da una gara seppur meramente consequenziale rispetto all'atto presupposto di contestazione dell'illecito, prescindendo da qualunque valutazione in ordine alla risalezza della commissione del fatto. Peraltro, la disposizione in commento, per come formulata, si pone in contrasto con l'ultimo periodo del par. 7 dell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE che, invece, per i casi di cui al par. 4 dell'art. 57 (in parte recepiti nel comma 5 dell'art. 80 del Codice) fa decorrere la durata triennale dell'interdizione “*dalla data del fatto*”, anziché da quella di adozione del provvedimento. Si invita, pertanto, in sede di conversione del decreto-legge n. 32/2019, ad un maggiore coordinamento tra il secondo periodo del comma 10-bis dell'art. 80 ed il comma 5 della medesima disposizione, nonché tra il citato comma 10-bis dell'art. 80 e il par. 7 dell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, con la precisazione – in quest'ultimo caso – relativa alla circostanza se occorra fare riferimento alla data di commissione del fatto oppure a quella del suo accertamento.

Infine, un grave elemento di incertezza, nonché di complicazione del quadro normativo, è rappresentato dall'ultimo periodo del comma 10-*bis* dell'art. 80, laddove sembra che il legislatore abbia inteso attribuire alle stazioni appaltanti la facoltà di valutare le situazioni escludenti (di cui al comma 5 dell'art. 80) anche nel caso in cui il provvedimento e/o l'atto che le origina sia stato contestato in giudizio dall'interessato e sia pendente il relativo procedimento giudiziario. Sebbene appaia condivisibile la *ratio* sottesa a siffatta previsione (cioè quella di evitare che gli operatori economici promuovano azioni giudiziali palesemente infondate contro provvedimenti suscettibili di determinare l'esclusione dalle gare, allo scopo di procrastinare l'interdizione dalle stesse, pur a fronte di situazioni di gravi e reiterati illeciti o violazioni), non può non rilevarsi la formulazione poco chiara della disposizione in commento, che sembra introdurre uno spazio di discrezionalità eccessivamente lato in favore delle stazioni appaltanti, con il connesso rischio di ingenerare numerosi contenziosi e rallentare l'affidamento delle commesse pubbliche.

La disposizione *de qua*, per come formulata⁸, non rende di immediata ed agevole comprensione quale sia il "fatto" di cui deve tenere conto la stazione appaltante nella valutazione relativa all'esclusione o meno dell'operatore economico dalla procedura di gara. Infatti, se da una parte, un'interpretazione letterale della norma impone di considerare che il "fatto" da valutare sia la circostanza che vi è un contenzioso pendente, dall'altro, appare contraddittorio dire che la stazione appaltante può valutare una situazione potenzialmente escludente, senza essere vincolata all'accertamento giudiziale pendente, ma deve comunque considerare che non vi è statuizione coperta dal giudicato. Sotto tale profilo, si tiene quantomai necessario, in sede di conversione del decreto-legge, chiarire l'ambito di operatività ed i margini della previsione di cui all'ultimo periodo del comma 10-*bis* dell'art. 80, allo scopo di evitare che la norma presti il fianco ad interpretazioni difformi tra le stazioni appaltanti e del tutto svincolata da una valutazione circostanziata e motivata del caso concreto.

Trasparenza

Box di sintesi

L'abrogazione dell'obbligo di pubblicare il provvedimento recante le ammissioni e/o esclusioni, nella sezione "Amministrazione Trasparente", sebbene appaia coerente con la soppressione del cd. rito super-accelerato sulle ammissioni/esclusioni, necessita di un maggior coordinamento con l'art. 76, comma 2-*bis*, del Codice, laddove è previsto l'obbligo di comunicare individualmente il provvedimento *de quo*, potendo sorgere il dubbio circa l'onere di impugnativa, ai sensi dell'art. 120, comma 5, c.p.a.

L'art. 1, comma 1, lett. c) del d.l. n. 32/2019 modifica l'art. 29 del Codice dei contratti pubblici abrogando l'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori di pubblicare sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione Trasparente", il provvedimento recante l'elenco degli operatori ammessi e/o esclusi dalla procedura all'esito della verifica della documentazione amministrativa, nonché quello di notificare i concorrenti dell'avvenuta

⁸ Secondo l'ultimo periodo del comma 10-*bis* dell'art. 80: "*Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso*".

pubblicazione. La riforma *de qua*, sebbene appaia coerente con la soppressione del cd. rito super-accelerato di cui all'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a. (effettuata mediante l'art. 1, comma 4, del d.l. in commento) necessita di un maggior coordinamento con la neo-introdotta disposizione di cui all'art. 76, comma 2-*bis*, del Codice, laddove viene previsto l'obbligo delle stazioni appaltanti di comunicare individualmente ai concorrenti (d'ufficio ed entro cinque giorni) il provvedimento recante le esclusioni/ammissioni dalla procedura, unitamente all'indicazione dell'ufficio o del collegamento informatico ai fini dell'esercizio del diritto di accesso ad atti.

Sotto tale profilo, non può non rilevarsi come la permanenza dell'obbligo di adottare e di comunicare il provvedimento *de quo* a tutti concorrenti possa ingenerare dubbi interpretativi in ordine all'onere di una sua immediata impugnativa, specie laddove un candidato intenda contestare la legittimità dell'altrui ammissione (per carenza dei requisiti di partecipazione). Infatti, ove la scelta del legislatore sia quella di eliminare la previsione di un onere di impugnativa in capo alle imprese (come si legge nella relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l. presentato al Senato), attribuendo carattere endoprocedimentale al cd. elenco degli ammessi/esclusi, non si ritiene coerente, in un'ottica di sistema, prevedere l'obbligo di comunicazione d'ufficio del suddetto elenco, alla stregua degli atti elencati nell'art. 76, comma 5, del Codice che, invece, hanno natura provvedimentale (aggiudicazione, esclusione, decisione di non aggiudicare un appalto) e che, ai sensi dell'art. 120, comma 5, c.p.a., devono essere impugnati nel termine decadenziale di trenta giorni decorrenti, per l'appunto, dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 76 del Codice⁹. La lettura coordinata del vigente art. 29, comma 1, e dell'art. 76, comma 2-*bis*, del Codice, nonché dell'art. 120, comma 5, c.p.a. (nonostante l'intervenuta soppressione del rito super-accelerato sulle ammissioni/esclusione) potrebbe, infatti, ingenerare negli operatori del settore l'incertezza circa la doverosità dell'impugnazione del provvedimento di cui all'art. 76, comma 2-*bis*, a decorrere dalla comunicazione individuale, aumentando il rischio di contenzioso nella fase che precede l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

3. QUALITÀ E CONTROLLI

Box di sintesi

Il sistema normativo vigente pone, per espressa previsione dell'art. 30 D.lgs. 50/2016, la qualità al vertice dei principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni. Questa indicazione ha origini risalenti, trovandosi già enunciata nell'art. 1 della Legge Merloni che ne evidenzia la derivazione Costituzionale. Ciò in quanto essa risponde all'esigenza di perseguire i maggiori benefici per la società, promuovendo una crescita economica sostenibile attraverso l'attuazione di misure che possano garantire, nella realizzazione di opere ed affidamenti pubblici e nella loro gestione, la sicurezza e il benessere degli utilizzatori finali in un sistema di

⁹ L'art. 120, comma 5, c.p.a. prevede, infatti, che: "Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (leggasi: di cui all'articolo 76 del d.lgs. n. 50 del 2016), o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto (leggasi: di cui all'articolo 29, comma 1 oppure dalla pubblicazione di cui agli articoli 73, comma 4, e 98, del d.lgs. n. 50 del 2016?); ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42".

economia circolare. Nel tempo sul tema si è innestata anche una decisa attenzione da parte del legislatore europeo. Il perseguimento della qualità della prestazione è strettamente connesso al profilo dei controlli che in molti casi hanno costituito, in un'ottica sistematica, un contrappeso a sempre maggiori istanze di liberalizzazione. È fondamentale per un efficace perseguimento della qualità delle prestazioni il mantenimento di un adeguato bilanciamento tra le due contrapposte esigenze (controllo vs de-regolamentazione). Diverse delle modifiche apportate dal d.l. 32/2019 in esame al Codice dei Contratti alterano tale bilanciamento. Tra queste si segnalano quelle che incidono direttamente sulle esistenti misure volte a garantire la qualità delle prestazioni e quelle che concorrono ad attenuare il sistema di controlli delineato dal previgente quadro normativo.

Qualificazione

Box di sintesi

Uno dei cardini del sistema di qualificazione degli operatori economici a presidio della qualità della prestazione offerta è che possa essere garantita la continua verifica della idoneità e della capacità di esecuzione delle imprese. Ciò implica un adeguato bilanciamento tra l'esperienza maturata nel tempo e la continuità di esecuzione. L'estensione da 10 a 15 anni del periodo documentabile per il possesso dei requisiti per l'attestazione di qualificazione SOA per gli esecutori di lavori pubblici, introdotta dal d.l. 32/2019 in esame, altera l'equilibrio sopra indicato rendendo prevalente la sola esperienza - anche risalente nel tempo. Ciò rischia di aprire il mercato ad imprese non in possesso delle competenze tecniche più aggiornate o addirittura non attive, con conseguente alterazione della concorrenza. La scelta di ampliare il periodo documentabile per il possesso dei requisiti rischia inoltre di rallentare il sistema di qualificazione, a causa di prevedibili difficoltà nel reperimento ed asseverazione della documentazione più risalente, posto che il momento iniziale del nuovo termine di legge si colloca in un periodo antecedente alla informatizzazione del sistema.

Per contro, l'obiettivo di sostenere le imprese che hanno difficoltà nell'attestazione di lavori per gli importi previsti a legislazione vigente può essere diversamente perseguito tramite la promozione dell'utilizzo di strumenti già esistenti che consentono l'aggregazione delle imprese, con conseguente possibilità di cumulo dei requisiti, sia nel solo momento di accesso alla gara sia, a monte, con riferimento all'attività di qualificazione della specifica impresa.

Il D.L. in esame interviene sull'art. 84 del Codice dei Contratti, relativo alla disciplina del sistema unico di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, elevando da 10 a 15 anni il periodo documentabile per il possesso dei requisiti per l'attestazione SOA. Tale scelta, benché motivata dall'intento "di tenere in debito conto la crisi economica che ha determinato l'impossibilità di alcune imprese di attestare lavori negli ultimi dieci anni per gli importi previsti a legislazione vigente", non è scevra da profili di criticità.

In primo luogo si rileva che la medesima motivazione legata alla necessità di tener conto delle difficoltà delle imprese nel contesto della crisi economica aveva già indotto il legislatore nel 2017 a raddoppiare il periodo di comprova originariamente previsto dal Codice, estendendolo da 5 a 10 anni. L'esigenza di rinnovare una simile scelta a distanza di poco meno di due anni denota lo scarso impatto della soluzione a suo tempo individuata e renderebbe opportuna una

seria valutazione di efficacia prima di procedere ad ulteriori ampliamenti del termine di riferimento.

Si rammenta che in merito il Consiglio di Stato già nel 2017, esprimendo forti perplessità, aveva sottolineato come la previsione avrebbe dovuto avere carattere transitorio in quanto mantenuta a regime avrebbe comportato il rischio di una qualificazione disancorata da elementi attuali, con conseguente distorsione della concorrenza¹⁰.

Uno dei cardini del sistema di qualificazione degli operatori economici a presidio della qualità della prestazione offerta, infatti, è che possa essere garantita la continua verifica della idoneità e della capacità di esecuzione delle imprese. Ciò implica un adeguato bilanciamento tra l'esperienza maturata nel tempo e la continuità di esecuzione. Non a caso il sistema di qualificazione prevede un aggiornamento periodico dell'attestazione che consente di tener conto delle più recenti esperienze. Le scelte operate negli ultimi tempi dal legislatore di fatto stravolgono tale impianto alterando l'equilibrio sopra indicato a favore della sola esperienza - anche risalente nel tempo. In altri termini si finisce per dare all'aggiornamento dell'attestazione la valenza di un recupero storico di attività pregresse e non già quella di adeguamento alle vicende più recenti. Il rischio concreto - specialmente nell'ambito dell'esecuzione di lavori pubblici - è che venga favorito l'ingresso nel mercato di imprese di fatto non attive o comunque non in possesso di esperienza maturata in base alle competenze tecniche più aggiornate. Si pensi, al riguardo, alle rilevanti novità intervenute nel corso degli ultimi 15 anni in materia di edilizia, sicurezza, prevenzione del rischio sismico che richiederebbero, piuttosto, una maggiore valorizzazione dell'attività svolta negli anni più recenti.

Per contro, l'obiettivo indicato dal Governo (sostenere le imprese che hanno difficoltà nell'attestazione di lavori negli ultimi dieci anni per gli importi previsti a legislazione vigente) può essere diversamente perseguito tramite la promozione dell'utilizzo di strumenti già esistenti. Il riferimento è a tutte quelle previsioni del Codice che consentono l'aggregazione delle imprese, con conseguente possibilità di cumulo dei requisiti, sia nel solo momento di accesso alla gara (si pensi ad istituti quali raggruppamento e avvalimento) sia, a monte, con riferimento all'attività di qualificazione della specifica impresa, promuovendo - ed eventualmente meglio disciplinando - anche in tale sede il ricorso all'avvalimento.

Dal punto di vista sostanziale deve rilevarsi, inoltre, che la scelta di ampliare il periodo documentabile per il possesso dei requisiti - oltre i già previsti 10 anni - rischia di rallentare il sistema di qualificazione, a causa di prevedibili difficoltà nel reperimento ed asseverazione della documentazione a comprova dei lavori più 'risalenti nel tempo'. Come è noto, le imprese comprovano i requisiti tecnico-organizzativi mediante CEL rilasciati telematicamente dalle stazioni appaltanti ed immessi nel Casellario informatico. Il sistema telematico per la trasmissione dei CEL al Casellario, in vigore dal 2006, è divenuto modalità esclusiva di verifica dal 1 gennaio 2013 (art. 6 bis d.lgs. 163/2006). Per la fase precedente, ed in particolare anteriore al 2006, la comprova del requisito non può che avvenire al di fuori del sistema

¹⁰ Consiglio di Stato Commissione Speciale 00782/2017 del 30 marzo 2017

telematico disposto per legge, con l'utilizzo in sede di attestazione di certificati rilasciati in forma cartacea, previa necessaria conferma scritta della loro veridicità da parte della stazione appaltante.

Considerato che la riforma introdotta dal DL in esame retrodata il periodo di attività documentabile al 2004, includendo, quindi, un periodo (dal 2004 al 2006) in cui i CEL erano solo cartacei, non può non rilevarsi come ciò si risolva, più che in un immediato vantaggio, in un nuovo e non indifferente onere, tenuto conto che le stazioni appaltanti saranno destinatarie delle numerose richieste di conferma scritta della veridicità di CEL cartacei. Le medesime difficoltà si estendono, inoltre, alla concreta verifica di tutta la documentazione contabile atta a dimostrare il possesso dei requisiti di natura economica.

Subappalto

Box di sintesi

L'innalzamento della quota di affidamento subappaltabile (dal 30% al 50%) e la completa eliminazione della verifica dei requisiti del subappaltatore in gara non rispondono alle osservazioni avanzate in sede di procedura di infrazione. L'assenza di limite al subappalto viene a livello europeo strettamente correlata alla necessità che i documenti dell'appalto impongano ai concorrenti di indicare nelle offerte l'intenzione di subappaltare e i subappaltatori proposti, di modo che l'amministrazione sia posta in grado di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario. Per contro, le modifiche introdotte dal d.l. 32/2019 in esame tendono parallelamente sia a ridurre i limiti per il subappalto sia a posticipare ad una fase successiva all'aggiudicazione e direttamente afferente all'esecuzione ogni verifica che possa riguardare i subappaltatori ed anche l'individuazione degli stessi.

Ciò potrebbe altresì aggravare talune criticità esistenti (infiltrazioni criminali, violazione delle norme a tutela del lavoro, scarso controllo sull'effettivo esecutore dell'affidamento) che le disposizioni modificate dal d.l. 32/2019 miravano a contenere, tenuto anche conto che il limite del 50% risulta essere virtuale per i lavori, in relazione al combinato disposto con l'art. 1, comma 2, D.M. n. 248 del 10.11.2016 (ancora in vigore anche ai sensi del nuovo art. 216 comma 27 octies del Codice) .

L'eliminazione del divieto di subappalto in favore del concorrente (previsto dall'art. 105 comma 4 lett. a) D.Lgs. 50/2016, abrogato dal d.l. 32/2019) potrebbe stimolare accordi collusivi in fase di gara, che sfociano in cospicue "spartizioni" in fase di esecuzione.

Con riferimento all'innalzamento della soglia di subappalto ammesso (dal 30% al 50%), si rammenta che la scelta del legislatore nazionale di apporre un limite al subappalto è stata in passato sostenuta, anche nei confronti di precedenti procedure di infrazione comunitaria aventi il medesimo oggetto, alla luce dei principi di sostenibilità sociale che sono alla base delle stesse direttive ed altresì alla luce di quei valori superiori, declinati dall'art. 36 TFUE tra cui, espressamente, l'ordine e la sicurezza pubblici. Il rigore che ha caratterizzato la disciplina nazionale del subappalto trovava infatti origine nella consapevolezza che tale strumento può ben prestarsi ad essere utilizzato fraudolentemente, per eludere le regole di gara e acquisire commesse pubbliche indebitamente.

Nell'ambito di questo quadro di riferimento, la scelta operata dal legislatore con il DL in esame appare poco chiara, in quanto da un lato conferma - con il mantenimento di un limite - la

fondatezza delle scelte effettuate in precedenza e, dall'altro, per effetto del notevole innalzamento del limite stesso, tende a vanificarne l'efficacia.

Con specifico riferimento all'affidamento di lavori pubblici, si segnala inoltre che l'effetto che la nuova previsione produce - in combinato disposto con l'art. 1, comma 2, D.M. n. 248 del 10.11.2016 (ancora in vigore anche ai sensi del nuovo art. 216 comma 27 octies del Codice) e con l'art. 105 comma 5 del Codice - è quello di rendere subappaltabile, di fatto, una consistente fetta dell'esecuzione (superiore alla metà del valore dell'appalto). Ciò per effetto della somma, allo stato possibile, tra il limite generale (innalzato al 50%) e l'ulteriore 30% che se relativo ad opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, non è computato ai fini del raggiungimento del limite generale.

Inoltre, deve evidenziarsi che la criticità può aggravarsi in ragione dell'ulteriore sconto del 20% che l'appaltatore può ottenere dal subappaltatore; ciò anche in relazione ai ribassi di aggiudicazione registrati negli anni (pari a circa il 18-20%), che potrebbe vanificare l'intento di limitare il contrasto a lavoro in nero e la tutela della sicurezza del lavoro, fortemente perseguiti dal Legislatore.

Si segnala, altresì, in termini generali che quanto sopra accentua notevolmente la potenziale differenza, già esistente, tra il limite generale del subappalto per tutti gli affidamenti di lavori, servizi e forniture (50%) ed il limite (superiore) sostanzialmente ammesso proprio per l'affidamento di lavori caratterizzati da maggiori complessità tecniche.

Pertanto, in ragione delle elevate percentuali di subappaltabilità degli affidamenti, si accentua il rischio che la maggior parte dell'affidamento venga eseguito da un soggetto che si è sottratto al confronto competitivo in gara (inteso quale principale strumento di garanzia della qualità dell'offerta).

Si segnalano, inoltre, le modifiche apportate all'art. 80 comma 1 e all'art. 105 D.Lgs. 50/2016 volte a superare l'obbligo di verificare il possesso dei requisiti dei subappaltatori in gara implicano il ritorno alla verifica dei requisiti, da parte della stazione appaltante, direttamente ed esclusivamente in fase esecutiva (art. 105 comma 4 lett. b, D.Lgs. 50/2016). Tale modifica deve essere correlata all'ampliamento della quota di affidamento subappaltabile (che può ora raggiungere il 50% del valore dell'affidamento).

La criticità risulta evidente proprio alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (causa C-406/14, richiamata nella più recente procedura di infrazione), secondo la quale l'assenza di limite al subappalto viene strettamente correlata alla necessità che i documenti dell'appalto impongano ai concorrenti di indicare nelle offerte l'intenzione di subappaltare e i subappaltatori proposti, di modo che l'amministrazione sia posta in grado di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario.

Per contro, le più recenti modifiche normative tendono parallelamente sia a ridurre i limiti per il subappalto sia a posticipare ad una fase successiva all'aggiudicazione e direttamente afferente all'esecuzione ogni verifica che possa riguardare i subappaltatori ed anche l'individuazione degli stessi (si richiamano le modifiche apportate al comma 4 dell'art. 105 di cui in seguito si dice). Si rammenta, al riguardo, che sempre nella procedura di infrazione del 2019, nella parte relativa al

subappalto, viene chiaramente asserito, alla luce delle indicazioni contenute nelle direttive europee¹¹, che una restrizione quantitativa del subappalto è incompatibile con le direttive proprio in quanto le stesse hanno l'effetto di aumentare i poteri delle amministrazioni aggiudicatrici nei confronti dei subappaltatori. Ne consegue che una diminuzione dei poteri delle amministrazioni aggiudicatrici nei confronti del subappalto (assenza di controlli in gara; assenza di controlli circa i rapporti tra subappaltatore ed altri concorrenti ed assenza di correlate regole) non è compatibile con un incremento dei margini di subappaltabilità della prestazione e ciò proprio alla luce del diritto europeo.

L'abrogazione dell'art. 105 comma 4 lett. a) D.Lgs. 50/2016, infine, elimina il divieto di affidamento in subappalto al concorrente che abbia partecipato alla gara. La norma recepiva la diffusa prassi contenuta nei protocolli di legalità redatti dalle Prefetture: il divieto aveva un chiaro obiettivo proconcorrenziale, scoraggiando le partecipazioni in cordata (volte ad alterare la soglia di anomalia o il confronto competitivo), ricompensate con successivi affidamenti in subappalto.

Si rileva a riguardo che proprio la modifica che ha eliminato il divieto di subappaltare ad un operatore economico che è anche concorrente nella stessa gara si presta a condotte elusive, poiché, in combinato con l'eliminazione dell'obbligo di indicare il subappaltatore in gara, consente ad altro concorrente (anche se mandante o ausiliario di altro concorrente) di partecipare alla fase di esecuzione. Appare evidente come ciò possa stimolare accordi collusivi in fase di gara, ai fini dell'anomalia o della valutazione con confronto a coppie, salvo poi procedere a "spartizioni" in fase di esecuzione, anche molto cospicue.

Vista anche la scelta da ultimo effettuata dal legislatore, volta all'estensione dell'ambito della prestazione subappaltabile, appare indispensabile sottolineare l'importanza delle verifiche sui subappaltatori. Tali verifiche, ove non svolte in gara, dovranno svolgersi in modo tale da garantire l'effettività, l'efficacia e la verificabilità (ad es.: mediante pubblicazione della relativa documentazione nella sezione "amministrazione trasparente"). Si suggerisce, al riguardo, la reintroduzione dell'art. 105, comma 4, lett. a) d.lgs. 50/2016.

Progettazione

Box di sintesi

Le scelte operate dal d.l. 32/2019 in materia di progettazione destano perplessità circa il concreto perseguimento dell'obiettivo di semplificazione indicato. La scelta di introdurre all'art. 24 del Codice il nuovo comma 3 bis che estende anche alle manutenzioni straordinarie la possibilità di affidamento sulla base della sola progettazione definitiva e senza limite di importo, al pari delle manutenzioni ordinarie, incrementa il rischio criticità in fase esecutiva e il ricorso a varianti, data l'evidente differenza tra le due tipologie di manutenzione e la maggiore complessità delle prime. L'attribuzione della progettazione esecutiva all'aggiudicatario ha mostrato, già nel previgente sistema poi riformato dal d.lgs. 50/2016, manifesti limiti in termini di incremento dei costi di partecipazione alle gare per gli operatori economici (predisposizione del progetto esecutivo in fase di gara); nessuna riduzione significativa del ricorso alle varianti in

¹¹ Direttiva 2014/24/UE, art. 63 par. 1 e art. 71, par. 6, lett. b.

corso d'opera; nessuna riduzione del contenzioso amministrativo; negativa incidenza sulla qualità dei lavori. A fronte delle note criticità dell'istituto dell'appalto integrato il d.l. 32/2019 non introduce elementi di temperamento idonei ad escludere che le stesse si ripresentino, quale la promozione ed incremento della competenza e della qualificazione delle stazioni appaltanti. Per effetto della reintroduzione dell'appalto integrato troverà, inoltre, consistente mitigazione l'utilizzo del criterio del prezzo più basso e ciò in controtendenza con gli stessi obiettivi del d.l. 32/2019. Infine, anche la scelta di rimettere alle stazioni appaltanti, anziché al CIPE, l'approvazione delle varianti fino al 50% è idonea a ridurre sensibilmente il controllo sulla fase di esecuzione, alla luce di tutto quanto sopra rilevato.

Non in ultimo una riflessione merita il possibile impatto sulla qualità della prestazione delle scelte compiute dal legislatore in materia di progettazione e, specificamente, di rapporti tra questa fase e la fase di esecuzione.

Seguendo l'ordine delle previsioni del Codice si richiama, in primo luogo, la scelta di introdurre all'art. 24 del Codice il nuovo comma 3 bis che non si limita a riprendere la pregressa disciplina dettata dal DPR 207/2010 per le manutenzioni ordinarie (possibilità di affidamento sulla base della sola progettazione definitiva e senza limite di importo), ma la estende anche alle manutenzioni straordinarie, salvo poche eccezioni. Data la differenza tra le due tipologie di manutenzione e la maggiore complessità delle manutenzioni straordinarie, l'affidamento di queste ultime sulla base di un livello di progettazione di minore dettaglio potrebbe comportare criticità in fase esecutiva e il ricorso a varianti, di fatto vanificando l'intento acceleratorio e di semplificazione del legislatore.

Una particolare considerazione merita anche il disposto del nuovo comma 4 bis dell'art. 216 che reintroduce in via transitoria la possibilità di appalto integrato per le opere i cui progetti definitivi sono approvati entro il 31.12.2020, con pubblicazione del bando entro i successivi 12 mesi.

L'obbligo di mettere a gara il progetto esecutivo – imposto dal Codice del 2016 – pur a fronte delle complessità pratiche determinate dall'entrata in vigore pressoché immediata del testo di legge, rispondeva ad un intento programmatico di lungo respiro, teso a perseguire il miglioramento dell'azione amministrativa e la qualità delle prestazioni. Puntare sulla centralità della progettazione era infatti una opzione che sottintendeva una idea ben precisa di consapevolezza ed efficienza della Pubblica amministrazione in termini di programmazione.

Inoltre, la scelta di non rimettere all'esecutore anche la fase di progettazione incrementava capacità e strumenti di controllo dell'amministrazione sulla stessa fase di esecuzione, impedendo che le scelte ultime venissero rimesse all'autonomia dell'esecutore.

Per contro, l'attribuzione della progettazione esecutiva all'aggiudicatario nel sistema previgente al Codice del 2016 aveva portato ad appalti in cui era il privato a decidere tutto, anche sul piano pratico, a fronte di scelte dell'amministrazione che talvolta erano appena abbozzate. Inoltre, lo strumento dell'appalto integrato aveva mostrato evidenti limiti in termini di costi elevati di partecipazione alle gare per gli operatori economici che devono predisporre il progetto esecutivo in fase di gara; nessuna riduzione significativa dei casi di ricorso alle varianti in corso d'opera; nessuna riduzione del contenzioso amministrativo. Nella sostanza – come era chiaramente

emerso nell'esperienza pregressa - nell'appalto integrato la commistione fra progetto ed opera rischia(va) di incidere sulla qualità dei lavori.

Si segnala, ancora, che alla luce delle nuove previsioni l'incremento dell'autonomia dell'esecutore non discende solo dalla reintroduzione dell'appalto integrato, ma a ciò si sommano gli effetti di numerose altre modifiche, in parte sopra anche elencate (ad esempio in materia di subappalto).

Si richiama al riguardo anche la scelta di rimettere alle stazioni appaltanti, anziché al CIPE, l'approvazione delle varianti fino al 50% del valore del progetto, per gli interventi ricompresi tra le infrastrutture strategiche. Ciò appare idoneo a ridurre sensibilmente il controllo sulla fase di esecuzione, posto che lo stesso viene svolto direttamente dalla stazione appaltante, senza l'ausilio del CIPE, con tutte le criticità che ciò comporta.

A fronte delle suddette criticità e considerato che un argine alla eccessiva autonomia dell'esecutore può certamente essere costituito da un incremento della competenza e della qualificazione delle stazioni appaltanti, aspetto sul quale tuttavia il Legislatore non sta attualmente puntando, si rappresenta una notevole preoccupazione per la reintroduzione di un istituto che in passato aveva manifestato elevate criticità.

Si rileva, infine che la reintroduzione – ancorché transitoria – dell'appalto integrato renderà necessario l'utilizzo nelle relative gare sempre e comunque del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Per effetto di tale reintroduzione, pertanto, troverà consistente mitigazione l'utilizzo del criterio del prezzo più basso per il quale, invece, da ultimo il Legislatore della riforma ha espresso favore nell'ambito degli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Centrali di committenza e qualificazione delle stazioni appaltanti

Box di sintesi

L'art. 37 comma 4 D.Lgs. 50/2016 (come modificato dal d.l. 32/2019) prevede la facoltà, anche per i comuni non capoluogo, di svolgere le procedure di gara senza l'ausilio degli strumenti aggregativi (centrali di committenza, ai soggetti aggregatori o alle stazioni appaltanti uniche).

La norma ostacola il processo di riduzione del numero delle stazioni appaltanti e, in attesa che sia dato rinnovato impulso all'indispensabile attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti (previsto dall'art. 38 D.Lgs. 50/2016), ripropone le criticità connesse alle capacità gestionali dei piccoli comuni (in termini di: competenza, contenimento dell'azzardo morale, facilitazione dei controlli da parte dei soggetti deputati, economia degli affidamenti). L'effetto combinato tra la presente disposizione, come novellata, e la mancata promozione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti produce l'effetto di rendere difficoltosa l'azione di controllo generalizzato su un sistema di affidamenti diffuso e polverizzato.

La modifica dell'art. 37 comma 4 D.Lgs. 50/2016 consente anche ai comuni non capoluogo di provincia di procedere direttamente e autonomamente allo svolgimento delle procedure di gara, senza l'ausilio degli strumenti aggregativi (centrali di committenza, ai soggetti aggregatori o alle stazioni appaltanti uniche). Tale facoltà era vietata dalla precedente formulazione della norma, che

imponere a tali enti locali minori il ricorso a forme di aggregazione. Restano fermi gli obblighi previsti dall'art. 37 comma 1-2 D.Lgs. 50/2016, che impone a tutte le stazioni appaltanti il possesso della necessaria qualificazione (per gli affidamenti oltre certe soglie) oppure il ricorso a strumenti aggregativi (in caso di superamento delle soglie previste dallo stesso art. 37).

A tale fine appare utile ricordare che il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti (previsto dall'art. 38 comma 2 D.Lgs. 50/2016) è bloccato in attesa dell'adozione del necessario d.P.C.M. (sul quale l'ANAC ha espresso parere favorevole con determinazione n. 2 dell'11.2.2015). Inoltre, sono già stati qualificati 32 soggetti aggregatori, senza dimenticare una certa diffusività delle centrali di committenza locali.

Al riguardo possono considerarsi nozione comune i vantaggi per il *public procurement* derivanti dall'innalzamento delle capacità dei *buyers* pubblici e alla riduzione delle stazioni appaltanti (in termini di: competenza, contenimento dell'azzardo morale, facilitazione dei controlli da parte dei soggetti deputati, economia degli affidamenti)¹².

Appare dunque ancor più impellente dare avvio al sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, al fine di rafforzare le professionalità dei *buyers* pubblici e di procedere alla aggregazione delle stazioni appaltanti, soprattutto a tutela dei piccoli comuni, non dotati di strutture adeguate (come segnalato anche dal Presidente della Corte dei Conti, nell'audizione dell'8 aprile 2019). In tale ultimo senso, sarebbe opportuno limitare le facoltà di gestione autonoma degli affidamenti da parte di tali enti locali agli affidamenti meno complessi (ad es: i lavori di manutenzione).

Commissari straordinari

Box di sintesi

In tema di riduzione dei controlli, si segnala l'art. 4 d.l. 32/2019 introduce la facoltà di nomina di commissari straordinari per interventi prioritari che possono operare in deroga alla generalità dei settori/materie (es.: urbanistica, contrattualista pubblica ecc.), con talune eccezioni (es.: i principi inderogabili derivanti dall'appartenenza alla U.E., la legislazione antimafia). La norma non prevede criteri in base ai quali individuare gli interventi prioritari e non indica la normativa applicabile in concreto, lasciando ai singoli commissari la soluzione dei problemi applicativi e interpretativi (con evidenti riverberi sull'operatività dei commissari stessi). Non sono state valorizzate talune recenti esperienze (maturate nel contesto delle attività conseguenti agli eventi sismici del 2006 in centro Italia), che consentono di inserire l'intervento emergenziale, *latu senso* inteso, in un quadro di ordinaria gestione. Si tratta di strumenti, chiari e flessibili, non totalmente abdicativi della normativa di riferimento, mediante i quali sono individuate (nello stesso codice dei contratti pubblici) le norme che operano in regime di urgenza, le attività per le quali interviene la deroga, fermo restando un generale obbligo motivazionale.

¹² Come evidenziato nell'ultima Relazione al Parlamento dell'Autorità (p. 233 e ss.).

L'art. 4 d.l. 32/2019 ha introdotto la possibilità di nominare uno o più commissari straordinari, per la gestione di interventi ritenuti prioritari i quali:

- provvedono all'eventuale rielaborazione e approvazione dei progetti non ancora appaltati, la quale “*sostituisce, ad ogni effetto di legge, ogni autorizzazione, parere, visto e nulla osta occorrenti per l'avvio o la prosecuzione dei lavori*” ad eccezione della materia dei beni culturali e ambientale (per le quali la norma prevede un contenimento dei tempi nel rilascio dei relativi atti);
- in qualità di stazioni appaltanti “*operano in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*”.

L'Autorità ha storicamente vigilato sugli affidamenti sottratti, in tutto o in parte, all'applicazione della disciplina ordinaria e ha segnalato i connessi rischi di *maladministration*¹³. L'esperienza maturata in occasione di recenti interventi emergenziali (ad es.: il terremoto di Amatrice) ha peraltro messo in luce la possibilità concessa dallo stesso codice all'applicazione dei contratti pubblici, specificando quali norme possono operare anche in regime di urgenza e per quali attività operi la deroga ed introducendo un obbligo motivazionale. Si è quindi consolidato, in caso di commissari straordinari, uno strumento operativo chiaro e flessibile, non totalmente abdicativo della normativa di riferimento: l'intervento emergenziale, *latu senso* inteso, è quindi inserito in un quadro ordinario di gestione dell'emergenza. L'affidamento emergenziale è quindi ancorato a concreti elementi di fatto (peculiari) e, nel contempo, se ne garantisce la gestione in un quadro di legalità.

L'art. 4 del d.l. 32/2019, invece, non definisce, né direttamente, né indirettamente, gli interventi prioritari, rimanendone aleatoria l'individuazione.

Può condividersi ogni richiamo volto a garantire il rispetto della materia dei beni culturali, dell'ambiente e dell'antimafia nonché a valorizzare precedenti esperienze simili a quella in esame.

Dubbi residuano in ordine alla disciplina in concreto applicabile. Il comma 2 dispone, infatti, che la materia dei contratti pubblici espressamente può essere derogata, ma il commissario deve comunque operare nei limiti degli inderogabili vincoli comunitari. Pertanto, ciò crea in concreto un contrasto tra la necessità di rispettare comunque il quadro delle direttive comunitarie (almeno per quanto attiene gli affidamenti sopra soglia) e avendo la facoltà di non applicare la normativa interna di recepimento, con tutte l'incertezza legata a tale opzione.

Si aggravano pertanto i rischi di illegalità e *maladministration*, tipicamente connessi agli interventi emergenziali.

¹³ “*il rischio, più volte riscontrato nella prassi, che dal punto di vista economico gli interventi emergenziali attuati in forza di ordinanze in deroga costituissero canali privilegiati per affidamenti – anche di notevole importo – in quanto svincolati non solo dal rispetto delle ordinarie regole procedurali, ma anche da ogni controllo, potessero rendere il sistema di mercato non più coerente con il principio di parità di trattamento degli operatori del settore, con gravissime conseguenze sia in termini di danno per gli operatori economici sia di perdite economiche e maggiore spesa*” (Relazione al Parlamento del 2011, p. 295).