amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2019

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Calonge Velázquez, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Ambrogio De Siano, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Ramón Terol Gómez, Salvatore Villani, Giovanni Martini.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Luci ed ombre della riforma sblocca cantieri sul codice degli appalti pubblici

di Claudio Vitale

(Avvocato)

Abstract

The document intends to made remarks on some of the changes made by the Decree Law n. 32/2019 (the so called "Sblocca Cantieri") to the Legislative Decree 18 April 2016, n. 50 (Public Contracts Code) and examine the subsequent Conversion Law of 14 June 2019, n. 55. In particular are highlighted a series of "lights" and "shadows" on the changes made and represented the state of "uncertainty" of the same legislator on the specific normative matter, putting in serious difficulties the contracting stations that find themselves confused before the umpteenth regulatory change with the risk of compromising the original purpose of speeding up and simplifying tender procedures and awarding contracts.

Con la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale n. 92 del 18 aprile 2019 del Decreto Legge n. 32/2019, meglio conosciuto come "sblocca cantieri", sono state apportate ottantuno modifiche al Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei Contratti Pubblici di seguito denominato "Codice"), che aveva già subito un rilevante intervento correttivo con la pubblicazione dell'avviso di rettifica del 15 luglio 2016 e con il Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n.56.
Successivamente è stata pubblicata, sulla Gazzetta Ufficiale n.140 del 17 giugno 2019, la Legge del 14 giugno 2019, n. 55 di conversione (di seguito denominato "Legge di conversione") del precitato Decreto "sblocca cantieri" che è intervenuta nuovamente sul Codice.
Per comprendere lo stato di "incertezza" dello stesso legislatore sulla specifica materia è interessante esaminare gli effetti *ante* (dal 19/04/2019 al 17/06/2019) e *post* (dal 18/06/2019 ad oggi) Legge di conversione, analizzando l'attuale quadro normativo di riferimento sulla materia alla luce degli interventi in fase di conversione di Legge.
Le modifiche apportate con il Decreto Legge n. 32/2019 hanno rivoluzionato molti punti dell'originario Codice, al fine di rilanciare il settore dei contratti pubblici e di accelerare gli interventi infrastrutturali, semplificando le procedure di gara e di aggiudicazione degli appalti.
Pur condividendo il nobile intento governativo, vi è da sottolineare che determinate modifiche apportate dal Decreto Legge n. 32/2019 rischiavano invece di allungare i tempi delle procedure di affidamento delle gare oltre a generare il rilevante pericolo di determinazione di accordi "sotto banco" tra gli operatori economici partecipanti alle procedure in parola.
Partendo dall'originario assunto che il criterio di riferimento per l'aggiudicazione delle gare all'interno del Codice, prima del Decreto Legge "sblocca cantieri", fosse quello dell'offerta "economicamente più vantaggiosa", con l'introduzione del comma 9 bis all'art.36 del Codice da parte del Decreto Legge n. 32/2019 vi è stata una vera e propria inversione di rotta[1] del Governo con l'individuazione del criterio del "minor prezzo" quale criterio principe dei contratti sotto soglia, criterio che veniva derogato dall'offerta economicamente più vantaggiosa solo se quest'ultima fosse stata debitamente motivata o nei casi previsti dall'articolo 95, comma 3 del Codice.
Sull'argomento è intervenuta anche la Corte dei Conti che, nell' audizione in Senato dell'8/4/2019[2] sul disegno di conversione in legge del Decreto Legge n.32/2019, evidenziava la sussistenza di possibili rischi connessi sia alla diminuzione della

[1] V. sul punto Paolo Patrito, "*Il nuovo codice dei contratti pubblici e il primo decreto correttivo (in corso di approvazione): primi spunti di riflessione*" su Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.1, 2017, pag. 0335B, che ricorda, come "*a fronte della sostanziale indifferenza del legislatore europeo del 2004 e, di conseguenza, italiano del 2006 in relazione alla scelta del criterio di aggiudicazione , ora il criterio del minor prezzo, in ossequio all'art. 67 della Direttiva 2014/24/UE, assume portata assolutamente residuale*".

[2] Audizione della Corte dei Conti dell' 8 aprile 2019 da parte del Senato della Repubblica per fornire elementi di valutazione sul Codice dei Contratti Pubblici.

qualità, che non veniva più premiata adeguatamente (essendo sufficiente la rispondenza alle minime specifiche tecniche previste dalla legge di gara), sia la possibile strumentalizzazione della procedura concorsuale.
Con la Legge di conversione vi è stata un nuova inversione di rotta che ha determinato il ripristino del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Infatti nel comma 9 bis all'art.36 del Codice è stato abrogato l'obbligo della "previa motivazione" per l'utilizzo del precitato criterio che quindi può essere utilizzato discrezionalmente dalla stazione appaltante al pari del criterio del minor prezzo, ad esclusione dei casi di cui all'articolo 95, comma 3 del Codice per i quali è previsto l'utilizzo esclusivo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
Il rischio delle diminuzione della qualità si intravedeva anche con la modifica apportata dal Decreto Legge n. 32/2019 all'art. 95 comma 10 bis del Codice che prevedeva l'eliminazione del tetto del 30% al punteggio economico in merito all'individuazione del rapporto qualità/prezzo, con il consequenziale effetto che la componente economica poteva assumere un maggiore peso nella valutazione della stazione appaltante a discapito della qualità[3].
Anche in questo caso la Legge di conversione è intervenuta, ripristinando il limite del tetto del 30% per il punteggio economico a vantaggio della qualità.
Un ulteriore pericolo, che si era generato con l'introduzione del Decreto Legge "sblocca cantieri", risultava dalla modifica apportata al comma 4 dell'art. 80 che prevedeva la possibilità per la stazione appaltante di escludere un operatore economico, che non avesse ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati, basandosi su fatti di cui fosse a conoscenza e che fossero adeguatamente comprovabili. Questa modifica, in linea con le indicazioni della Direttiva 2014/23/UE[4] del Parlamento europeo e del Consiglio, rivestiva profili di incostituzionalità per la lesione al diritto di difesa del partecipante alla gara, di libertà di iniziativa economica e di sproporzione della misura applicata a seguito dell'illegittima esclusione in assenza di un accertamento definitivo della violazione contributiva e fiscale, sopra la soglia di rilevanza di 5.000€. Inoltre, alla luce di quanto previsto all'ultimo capoverso modificato del comma 4 dell'art.80 del Codice, si evinceva che l'esclusione non doveva essere effettuata se l'operatore economico avesse ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, purché il perfezionamento avvenisse anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande. Pertanto, dalla lettura del combinato disposto

[3] Cfr. Stefano Villamena, "*Codice dei contratti pubblici 2006.Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*" su Rivista Giuridica dell'Edilizia, fasc.3, 1 giugno 2017, pag. 101, sull'applicazione del limite del tetto del 30% ritiene che "*si tratta di un'evidente (e ulteriore) valorizzazione degli elementi qualitativi dell'offerta*".

[4] Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 , sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

delle due modifiche introdotte, poteva facilmente rilevarsi che l'operatore economico sarebbe stato costretto, prima del termine di presentazione della domanda, a rinunciare ad impugnative stragiudiziali o a giudizi in corso e a pagare o impegnarsi a pagare imposte e contributi previdenziali, magari non dovuti, pur di partecipare alla gara, evitando così l'eventuale esclusione. L'effetto domino del precitata modifica sarebbe stato anche l'aumento del numero di contenziosi di natura risarcitoria avverso gli organi (es. Agenzia Entrate, Inps, ecc.) da parte di quei partecipanti esclusi da una gara per il mancato pagamento di imposte, tasse o contributi previdenziali, e le cui pretese poi si sarebbero rivelate infondate a seguito di una pronuncia giudiziale.
Con la Legge di conversione vi è stato l'ulteriore "marcia indietro" ed il precitato ultimo capoverso del comma 4 dell'art.80 del Codice è stato integralmente abrogato.
Altro aspetto di criticità del Decreto Legge "sblocca cantieri" è da rinvenirsi nell'eliminazione dell'art. 204 del Codice che prevedeva il rito "super accelerato" con il quale i partecipanti alla gara dovevano impugnare (entro 30 giorni dalla pubblicazione sul profilo della stazione appaltante) gli atti di ammissione ed esclusione alle procedure di gara, precludendo la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale[5].
Tale rito speciale super accelerato aveva il rilevante vantaggio di cristallizzare la situazione dei partecipanti ammessi o esclusi dalla gara prima dell'aggiudicazione, così da evitare che con l'impugnazione dell'aggiudicazione potessero essere contestati i vizi relativi alla fase iniziale di verifica dei requisiti di partecipazione, facendo regredire il procedimento alla fase di ammissione in pieno dispregio dei principi di efficienza, speditezza ed economicità delle procedure di gara.
Anche la Giurisprudenza è intervenuta in merito, da ultima l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 4/2018), precisando che l'introduzione del rito super-accelerato avrebbe evitato di far regredire il procedimento alla fase di ammissione, con spreco di tempo ed energie, nell'ottica dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara[6].
C'è da dire che sulla materia è intervenuta di recente la Corte europea[7] che ha accertato la compatibilità del rito speciale con le Direttive europee sugli appalti, rilevando che la realizzazione degli obiettivi della Direttiva 89/665[8] "*sarebbe compromessa se ai candidati e agli offerenti fosse consentito di far valere, in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione, infrazioni alle norme di aggiudicazione degli appalti, obbligando*

[5] V. sul punto Vittorio Domenichelli, "*Il rito "superaccelerato" nel sistema costituzionale ed eurounitario*" su Il Processo, fasc.1, 1 MARZO 2019, pag. 13.
[6] V. sul punto Antonio Pavan, "*Il decreto "sblocca cantieri" abroga il rito super-speciale in materia d'appalto*" su https://www.4clegal.com/settore-pubblico/decreto-sblocca-cantieri-abroga-rito-super-speciale-materia-dappalto
[7] Corte di Giustizia CE - ordinanza 14 febbraio 2019, n.C- 54/18.
[8] Direttiva CEE 21 dicembre 1989, n. 89/665/CEE.

l'amministrazione a ricominciare l'intero procedimento" (sentenze del 12 dicembre 2002, Universale-Bau e a., C-470/99, EU:C:2002:746, punto 75; dell'H ottobre 2007, Làmmerzahl, C-241/06, EU:C:2007:597, punto 51, nonché del 28 gennaio 2010, Commissione/Irlanda, C-456/08, EU:C:2010:46, punto 52). Infatti, un comportamento del genere, potendo ritardare senza una ragione obiettiva l'avvio delle procedure di ricorso che la direttiva 89/665 impone agli Stati membri di porre in essere, è tale da nuocere all'applicazione effettiva delle direttive dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici (sentenza del 12 febbraio 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, punto 38)".

Purtroppo tale abrogazione dell'art. 204 del Codice è stata confermata anche in sede di conversione in legge e pertanto con l'abrogazione del rito speciale super accelerato si è ritornati ai tempi del vecchio Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs.n.163/2006), consentendo l'impugnativa direttamente dell'aggiudicazione oltre ad ammettere il ricorso incidentale sull'illegittima ammissione del ricorrente (per mancanza dei requisiti di partecipazione) al fine di paralizzarne l'impugnativa.

Inoltre in questa problematica si innesta anche la particolare situazione che si è venuta a creare sulla differente entrata in vigore delle modifiche introdotte dallo "sblocca cantieri", applicabili alle procedure i cui bandi o avvisi di indizione gara siano stati pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del D.L. n.32/2019 (dal 19/4/2019) diversamente dall'entrata in vigore della sola modifica relativa all'eliminazione del rito speciale super accelerato. Infatti in quest'ultimo caso l'eliminazione del rito speciale si applica ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del decreto, andando così ad "innestarsi" anche in quei processi che sono relativi a bandi e avvisi *ante* riforma del D.L. n.32/2019 e generando problemi attuativi quali ad esempio: comprendere se per inizio dei processi si debba intendere la notifica del ricorso[9] o il deposito dello stesso; l'incertezza del rito applicabile per chi ha proposto un ricorso, seguendo il rito super accelerato prima della scadenza del termine di impugnazione, e nel contempo, prima della scadenza dello stesso termine per impugnare, interviene l'abrogazione del rito speciale; differente trattamento giuridico tra quei partecipanti che in corso di gara hanno proposto ricorso per l'ammissione e/o l'esclusione degli partecipanti secondo il rito speciale rispetto a quei partecipanti che non hanno proposto ricorso e che sarebbero rimessi nei termini per impugnare, anche con ricorso incidentale, eventuali vizi di partecipazione in fase di aggiudicazione intervenuta successivamente alla data di entrata in vigore del D.L. n.32/2019.

La possibilità di far "scatenare" la guerra di ricorsi dopo l'aggiudicazione, a seguito dell'abrogazione del rito speciale, va letta anche in combinato disposto con la modifica apportata dal Decreto Legge "sblocca cantieri" all'art. 105 comma 4 del Codice, che ha eliminato la pregressa previsione dell'inammissibilità di partecipazione ad una gara

[9] Il Tar Calabria, con la sentenza n. 324 del 13 maggio 2019 ha considerato la notifica del ricorso e non il deposito dello stesso quale discrimine per l'applicazione del rito.

nella duplice veste di partecipante e subappaltatore[10]. Pertanto con il Decreto Legge "sblocca cantieri" veniva consentito a chi avesse partecipato alla gara di diventare, successivamente all'aggiudicazione, subappaltatore dell'aggiudicatario e generando così la "pericolosissima" situazione in cui un'impresa A, con la veste di partecipante, potesse prima impugnare giudizialmente l'aggiudicazione in favore dell'impresa B e poi accordarsi con quest'ultima a rinunciare al ricorso in cambio dell'assunzione della nuova veste di subappaltatore dell'impresa B. Questa situazione avrebbe creato una macroscopica stortura del sistema concorrenziale, mettendo i partecipanti nelle condizioni di poter effettuare accordi "sotto banco" al fine di ottenere l'aggiudicazione di una procedura di gara senza trovare ostacoli per la strada. Così allo stesso modo, il ricorso poteva diventare uno strumento ostruzionistico per i partecipanti non aggiudicatari a danno dell'aggiudicatario che avrebbe potuto avere il superiore interesse di acquisire in tempi brevi la commessa, scegliendo come subappaltatore l'operatore non aggiudicatario o un altro operatore economico vicino a quest'ultimo a fronte della rinuncia al giudizio.
Fortunatamente con la Legge di conversione si è intervenuti sull'art. 105 comma 4 del Codice, ripristinando la situazione allo stato antecedente al Decreto Legge "sblocca cantieri".
Ulteriore limitazione della libera concorrenza è stata operata dal Decreto Legge "sblocca cantieri" e confermata nella Legge di conversione con l'introduzione della modifica di cui all'art. 97 comma 8 del Codice che prevede l'esclusione automatica da parte della stazione appaltante delle offerte anormalmente basse, per procedure sotto soglia di cui all'art.35 con almeno dieci offerte ammesse, generando così una limitazione concorrenziale dei partecipanti alla procedura che potrebbero correre il rischio di rimanere fuori dalla gara per una strategia aggressiva in sede di offerta, consequenziale ad un'errata valutazione delle strategie di gara degli altri partecipanti.
In questo scenario di cambiamenti si innesta l'ulteriore novità apportata dalla Legge di conversione che avvia un operazione di "congelamento" degli effetti di alcuni articoli del Codice per la durata sperimentale valevole dal 18/06/2019 al 31/12/2020, consentendo:

- la possibilità per i Comuni non capoluogo di Provincia di procedere direttamente senza avvalersi, per i propri affidamenti, ad una centrale di committenza ai sensi dell'art. 37 comma 4 del Codice;
- l'ammissibilità dell'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori (ritorno all'appalto integrato) da parte delle stazioni appaltanti ai sensi dell'art. 59 comma 1 del Codice;

[10] V. sul punto Guglielmo Aldo Giuffrè, "*Il subappalto dei contratti pubblici tra autonomia imprenditoriale e limiti di interesse pubblico*" sulla Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.1, 1 FEBBRAIO 2018, pag. 85.

- la possibilità per le stazioni appaltanti di scegliere i commissari non obbligatoriamente fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC ai sensi dell'art. 77 comma 3 del Codice;
- l'innalzamento del tetto massimo del subappalto al 40%, da stabilire all'interno del bando ai sensi dell'art. 105 comma 2 del Codice;
- l'eliminazione della terna dei subappaltatori da indicare in gara ai sensi degli artt. 105 comma 6 e 174 comma 2 del Codice e la conseguente eliminazione dell'esclusione del concorrente per motivi afferenti al subappaltatore indicato ai sensi dell'art.80 commi 1 e 5 del Codice;
- l'applicabilità anche per i settori ordinari dell'inversione procedimentale, dando così la possibilità per le stazioni appaltanti di esaminare l'offerta tecnica ed economica prima della documentazione amministrativa ai sensi dell'art. 133 comma 8 del Codice;
- la possibilità, ex art. 205 comma 2 del Codice, di estensione dell'accordo bonario anche agli aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica "ai sensi dell'art.25" (si presuma che vi sia un errore materiale del legislatore che si riferisce all'art.25 in materia di verifiche archeologiche anziché l'art.26 in materia di verifiche progettuali) del Codice;
- l'estensione delle competenze dei comitati tecnici amministrativi, presso i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, per i lavori pubblici di importo inferiore a 75 milioni di euro ai sensi dell'art. 215 comma 3 del Codice;
- l'estensione del termine fino a 90 giorni dalla trasmissione del progetto per il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici ai sensi dell'art. 215 comma 5 del Codice;

Non da ultimo si segnalano le modifiche apportate in prima fase dal Decreto Legge "sblocca cantieri" e successivamente superate dalla Legge di conversione relativamente all'art. 36 del Codice in merito alla reintroduzione dell'affidamento diretto fino alla soglia europea per servizi e forniture e fino a 150.000 euro per i lavori, previo confronto di 3 preventivi per i lavori e 5 per i servizi, nonché l'innalzamento della soglia della procedura negoziata con almeno dieci operatori economici, per lavori pari o superiori a 150.000 e inferiori a 350.000 euro, che sicuramente possono rientrare nel novero delle modifiche positive finalizzate a velocizzare le procedure di affidamento delle gare.

Stesso discorso dicasi relativamente alla modifica apportata dalla Legge di conversione rispetto al Decreto Legge "sblocca cantieri" in merito al Regolamento unico attuativo, previsto dall'art. 216 comma 27 octies del Codice, che con il Decreto Legge faceva "*tabula rasa*" delle linee guida Anac e dei decreti attuativi sino all'adozione del Regolamento per poi "salvarli" con la Legge di conversione, mantenendoli in vigore fino all'adozione del Regolamento purché compatibili con il Codice e non oggetto delle procedure di infrazione nn. 2017/2090 e 2018/2273.

Al contempo si rappresenta la criticità connessa alla vigenza in questa fase transitoria delle linee guida e dei decreti che per molti aspetti non risultano più compatibili con il Codice modificato dalla Legge di conversione, con il rischio di generare, con ogni probabilità, uno stato di caos nell'operatività quotidiana, in particolare per le stazioni appaltanti.

Alla luce di quanto sopra evidenziato si rileva che, questo stato di "incertezza" del quadro normativo di riferimento e le continue inversioni di marcia sulla specifica materia, mette in seria difficoltà le stazioni appaltanti che si ritrovano innanzi ad un ennesimo cambio di rotta rispetto ad una situazione che si era consolidata negli anni sia sulla base della giurisprudenza formatasi successivamente alla pubblicazione dell'originario Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. n.50/2016) che sulle prassi operative in materia, con il rilevante rischio che l'attuale "disorientamento" delle stazioni appaltanti possa compromettere il fine originario di velocizzazione e semplificazione delle procedure di gara e delle aggiudicazioni degli appalti.