

La riforma degli appalti e le prospettive per il 2020

Data di pubblicazione: 3 Gennaio 2020

PIETRO QUINTO, La riforma degli appalti e le prospettive per il 2020*.

PIETRO QUINTO (*)

La riforma degli appalti e le prospettive per il 2020

Il 2019 si chiude con una «riforma» rimasta incompleta del Codice degli Appalti a conferma che il vero problema del nostro Paese è quello di riuscire a portare a termine un disegno riformatore, con una tecnica legislativa coerente con i principi ispiratori e capaci di esprimere – con la necessaria tempestività – norme di chiara interpretazione e di facile applicazione.

Facciamo il punto della situazione.

V'è stato nel tempo il c.d. Codice de Lise (2006) costituito da un testo normativo di 257 articoli ed un regolamento di 359 disposizioni.

Con decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 si mise mano alla riforma della materia in un'ottica di semplificazione della normativa e di superamento di un sistema di codificazione fondato sul testo base e su un regolamento. In luogo e vece del regolamento fu previsto che l'attuazione degli istituti previsti dal nuovo Codice sarebbe avvenuta con l'emanazione di «linee guida» ad iniziativa di ANAC che avrebbero fornito agli operatori l'interpretazione e le modalità attuative degli istituti.

Sta in fatto che quel Codice «ospitava» (per dirla con Michele Ainis: «Demofollia», Ed. «La nave di Teseo») 181 errori nei suoi 220 articoli ed ha ricevuto 131 modifiche nel giro di un anno. Un vero e proprio correttivo si è avuto con il d.l.vo 19 aprile 2017 n. 56.

E, tuttavia, l'intera impalcatura del Codice non ha funzionato, sia perché non sono stati rispettati i tempi di emanazione delle «linee-guida», sia perché la novità del sistema non si è dimostrata adeguata all'obiettivo di semplificazione nella gestione ed attuazione della relativa normativa.

E' poi accaduto che dopo l'approvazione da parte del Governo di una legge delega (CDM n. 48 del 28/2/2018), per una complessiva riforma del Codice degli Appalti, ed in pendenza di tale delega, si è avviata una ulteriore atipica riforma della normativa in materia. Con uno strumento legislativo improprio, cioè un decreto legge (18 aprile 2019, n. 32 c.d. sblocca cantieri) sono state approvate modifiche al Codice degli Appalti di notevole rilievo, sia sotto il profilo formale che sostanziale, tra le quali in particolare il ritorno al regolamento unico di esecuzione con il superamento del sistema delle «linee guida».

Ora, in disparte l'anomalia della riforma di un Codice attraverso la decretazione d'urgenza che confligge sia con il carattere sistematico della codificazione e sia con il ricorso ad uno strumento emergenziale e che presuppone la sussistenza di presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, v'è un'altra circostanza, che ha dato luogo e continua a produrre fenomeni di incertezza a danno degli operatori e delle stazioni appaltanti. E' avvenuto infatti che in sede di conversione (legge 14 giugno 2019 n. 55) il legislatore ha introdotto ulteriori novità in termini sostanziali e temporali, attraverso cambiamenti al decreto legge ed introducendo ulteriori previsioni regolamentari, autonome e preliminari rispetto al testo del decreto legge. Sicchè nell'arco temporale decorrente dal 18 aprile si è

verificata la coesistenza di differenti discipline operanti temporalmente dalla data del decreto legge sino alla sua conversione e da quest'ultima a tutt'oggi. Con l'ulteriore novità costituita dalla parziale sospensione di parti del Codice del 2016 sia in via transitoria, che in via definitiva. A titolo esemplificativo va segnalato che è prevista la sospensione sino al 31 dicembre 2020 delle disposizioni del Codice relative all'obbligo di rivolgersi a centrali di committenza per i Comuni non capoluoghi di provincia; l'obbligo di utilizzare l'albo ANAC per la scelta di Commissari di gara; i limiti all'appalto congiunto di progettazione ed esecuzione.

Nel merito, tra le modifiche più significative del decreto sblocca cantieri, nel testo convertito in legge, - che incidono su molteplici istituti tra i quali la disciplina del subappalto ed i margini di manovra dei piccoli comuni per l'indizione autonoma di procedure di gara - si possono segnalare quelle relative agli artt. 32 e 36 del D. Lgs n. 50/2016 riguardanti le procedure per l'affidamento dei c.d. «contratti sotto soglia», cioè i contratti il cui valore si colloca al di sotto delle soglie di rilevanza comunitaria. Tali affidamenti dovrebbero essere immediatamente accessibili per le stazioni appaltanti anche al fine di realizzare opere infrastrutturali e servizi urgenti, già finanziati.

In particolare, con l'art. 9 bis, introdotto con la legge di conversione, è stato previsto che le stazioni appaltanti, fatte salve le ipotesi previste dall'art. 95 comma 3, procedono all'aggiudicazione dei contratti sotto soglia sulla base del criterio del minor prezzo "ovvero" sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La formulazione del correttivo sembra dunque lasciare ampio margine di discrezionalità alla stazione appaltante circa la scelta del criterio da utilizzare.

In chiave più generale, il legislatore ha equiparato la disciplina degli appalti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori ed alle soglie comunitarie per i servizi e le forniture (art. 36, secondo comma, lett. b) a quelli disciplinati dalla lett. a) di importo pari o inferiore a 40.000 euro. Per entrambi è prevista la procedura dell'affidamento diretto e non più la procedura negoziata. Equiparazione peraltro piuttosto apparente atteso che per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro non è prevista la previa consultazione di più operatori economici. Ed invece, per gli affidamenti sino a 150.000 euro per i lavori o alle soglie di cui all'art. 35 per le forniture ed i servizi (circa 220.000 euro) è prevista la «previa valutazione» di tre preventivi per i lavori e cinque operatori economici per i servizi e le forniture. Sicchè si tratta di un «affidamento diretto» che esclude il ricorso a procedure di evidenza pubblica, ma richiede una comparazione, c.d. «valutazione», che si risolve in un *tertium genus*, tra l'affidamento diretto e la procedura negoziata in senso proprio.

Se, per un verso, quindi, a seguito delle modifiche deliberate in sede parlamentare, si attua una equiparazione degli appalti di cui alle lettere a) e b) e quindi si amplia lo spettro dell'affidamento diretto, i contratti di lavori di importo tra 150.000 e 200.000 euro vengono nuovamente ricondotti nella più rigorosa disciplina di cui alla lettera c): procedura negoziata in senso proprio. Così come per i lavori di importo pari o superiore a 350.000 ma inferiore a 1.000.000 (c-bis).

In pratica il Parlamento, in sede di conversione del Decreto sblocca cantieri, ha superato l'originaria impostazione della riforma che prevedeva una radicale soppressione della lett. c), inserendo ex novo la lett. c-bis).

Allo stato, quindi, l'affidamento dei lavori di importo tra 150.000 e 350.000 euro avviene mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione di almeno dieci operatori economici; nel mentre la successiva lett. c-bis) prevede la medesima procedura per i lavori tra 350.000 e 1.000.000 di euro, ma fissa un numero più elevato di operatori economici da consultare, pari a 15.

Fin qui le modifiche all'insegna di un tentativo di semplificazione e per rendere più agibili gli affidamenti dei contratti che per il valore stimato si collocano al di sotto delle soglie di rilevanza comunitaria.

E, tuttavia, l'incompletezza della riforma, quanto meno per l'omessa emanazione - nei tempi previsti - del regolamento unico, ha comportato e comporta che, ad oggi, per l'applicazione delle disposizioni per i contratti sottosoglia occorre fare riferimento alle vecchie linee-guida, aggiornate con deliberazione ANAC del 10 luglio 2019. Si tratta di 17 pagine di impostazione e prescrizioni ben diversi da un testo regolamentare.

Orbene, nonostante gli adeguamenti ed aggiornamenti, il contenuto delle linee-guida n. 4 non sembra adeguato allo spirito innovativo delle modifiche al codice e soprattutto alla finalità di una effettiva semplificazione delle

procedure.

L'affidamento e l'esecuzione dei lavori, servizi e forniture secondo le procedure semplificate di cui all'art. 36 del Codice, ivi compreso l'affidamento diretto, avvengono – si legge nelle predette linee guida - «nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, rotazione degli inviti e degli affidamenti, di tutela dell'effettiva possibilità di partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, nonché dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale e del principio di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse». Siffatti criteri devono essere enunciati ed esplicitati nella determina a contrarre che la stazione appaltante adotta per avviare la procedura «con l'indicazione delle ragioni, i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte nonché le principali condizioni contrattuali». Il contenuto della determina può essere semplificato, per i contratti di importo inferiore a 40.000 euro, nell'affidamento diretto o nell'amministrazione diretta dei lavori.

Nelle linee-guida si definisce «procedura negoziata» l'affidamento di lavori pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro e per l'affidamento di contratti di servizi e forniture pari o superiore a 40.000 e inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria. La qual cosa comporta, successivamente alla determinazione a contrarre, lo svolgimento di indagini di mercato o consultazione di elenchi – se disponibili – per la selezione di operatori economici da invitare al confronto competitivo. Per lo svolgimento delle indagini di mercato la stazione appaltante «assicura opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato», pubblicando un avviso o altre forme di pubblicità. L'avviso indica il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica-finanziaria e le capacità tecniche professionali richieste ai fini della partecipazione, i criteri di selezione degli operatori economici. Sicchè «l'affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi», previsti dal novellato art. 36, si risolve – secondo le prescrizioni delle linee-guida, in una formale procedura negoziata, che, nella sua articolazione procedimentale, si presterà inevitabilmente ad un elevato contenzioso.

Da tutto quanto precede è agevole constatare che la perdurante vigenza del sistema delle linee-guida, rivedute e corrette, finisce con il depotenziare la vera novità della riforma attraverso la previsione di un regolamento «unico». Non solo. La provvisorietà del regime transitorio confligge con quella esigenza di certezza e stabilità del sistema invocata dalle stazioni appaltanti, soprattutto dagli Enti Locali e dagli operatori economici.

Sullo sfondo di questa riforma improvvisata e non completata rimane la prospettiva di un decreto legislativo in materia di appalti. Attualmente il disegno di legge delega è all'esame del Parlamento. Il disegno di legge AS n. 1162 di iniziativa governativa è stato infatti presentato il 22 marzo 2019 al Senato ed ha come titolo «la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l'integrazione della normativa in materia di contratti pubblici». Non si hanno ulteriori notizie.

Così stando le cose non si può dire che il quadro normativo di riferimento sia chiaro ed effettivamente operativo e che il 2020 non possa riservare ulteriori sorprese. Sicchè rimangono di grande attualità - come ha ricordato il Presidente Filippo Patroni Griffi - le raccomandazioni del Consiglio di Stato, formulate nel parere della Commissione speciale n. 855 del 1 aprile 2016, circa la necessità di fornire al mercato dei contratti pubblici un quadro giuridico stabile ed un congruo periodo di riflessione e di decantazione normativa per evitare il sovrapporsi di regimi transitori ed il determinarsi di incertezza applicativa.

(* *Avvocato in Lecce e già Presidente della Camera distrettuale amministrativa di Lecce, Brindisi e Taranto.*