

La proprietà intellettuale è riconducibile alla fonte specificata in testa alla pagina. Il ritaglio stampa è da intendersi per uso privato

II Lunedì 8 Luglio 2019

STUDI & CARRIERE

ItaliaOggi17

La legge 55/2019 reinterviene sul settore, ma per gli amministrativisti ci sono luci e ombre

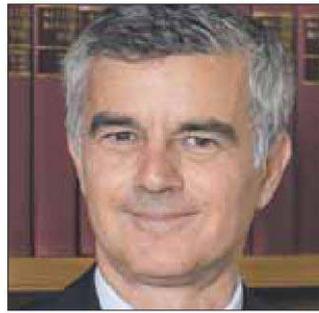
Sblocca cantieri, per appalti e contratti arriva la controriforma

Pagine a cura di ANTONIO RANALLI

Pareri contrastanti tra i professionisti sul cosiddetto «Sblocca cantieri». Il provvedimento, che è stato convertito in legge dal Parlamento lo scorso 12 giugno (legge 14 giugno 2019, n. 55 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32), contiene, tra le altre cose, la riforma del Codice degli appalti, la previsione di commissari straordinari per le opere prioritarie e nuovi aiuti alle zone colpite dai terremoti. I primi giudizi tra gli addetti ai lavori però sono piuttosto contrastanti.

«Occorre evidenziare che il continuo cambiamento delle norme di legge che governano la materia crea un serio problema di tenuta del sistema, genera disorientamento tra gli operatori di mercato (sia stazioni appaltanti che imprese)», commenta **Alessandro Botto**, partner di **Legance**, «e questo crea una barriera all'ingresso sul mercato per

ha avviato una procedura d'infrazione anche su questo punto): è stata infatti con-



Antonio Lirosi

testata all'Italia proprio la scelta di un limite astratto e generalizzato, mentre tale scelta dovrebbe essere collegata alla particolare natura delle prestazioni da svolgere, in una valutazione tecnico discrezionale rimessa in concreto alla stazione appaltante. Ebbene, risulta difficile

comprendere come si possa rispondere all'obiezione mossa dalla Commissione aumentando del 10%, sempre in via generale e astratta, il limite del subappalto. D'altronde, se la preoccupazione in materia di subappalto è quella che mediante tale strumento possano fare il loro ingresso nel mondo degli appalti anche soggetti legati alla criminalità organizzata, questa preoccupazione può essere superata mediante un rigoroso screening

in capo ai subappaltatori del possesso dei requisiti soggettivi di moralità previsti dallo stesso codice e non fissando un limite di «tollerabilità». Neanche lo zero virgola a questo fine infatti dovrebbe essere ammesso!».

Si tratta di un'operazione normativa il cui obiettivo è stato quello di provare a eliminare, o quantomeno attenuare, alcune delle numerose criticità riscontrate nella fase di ideazione e progettazione dell'appalto, in quella di scelta del contraente e, infine, di esecuzione del rapporto contrattuale, nell'auspicio di accelerare i processi decisionali e l'esecuzione delle opere. «Il risultato finale, frutto di un compromesso tra due posizioni radicalmente opposte (quella di sospendere per un certo numero di anni il codi-

ce dei contratti e l'altra, più minimalista, di apportare solo dei ritocchi in attesa di una riforma organica) è sostanzialmente deludente», afferma **Antonio Lirosi**, partner dello studio legale **Gianni, Origini, Grippo, Cappelli & Partners**, «vi sono aspetti positivi, ma sono superati da molti aspetti negativi che non consentono di affermare il raggiungimento di un'effettiva riduzione e semplificazione dei processi decisionali delle

stazioni appaltanti e di ottimizzare i procedimenti di gara. È facilmente intuibile come detta operazione ha determinato notevoli perplessità e forte scetticismo. Non si può che guardare con favore l'abolizione del rito super speciale che costringeva spesso i partecipanti alle gare a proporre inutili ricorsi, non sorretti da alcun interesse concreto, con il risultato di aumentare a dismisura il numero dei giudizi e congestionare ulteriormente un sistema già di per sé congestionato e lento. Non a caso come noto era già stata proposta questione di legittimità costituzionale di tale rito.

È innegabile che la riforma della disciplina dei contratti sotto soglia e della normativa sui commissari di gara suscitò delle perplessità alla luce di quanto accaduto in passato. A ciò si aggiunge che l'apparente maggiore autonomia attribuita alle stazioni appaltanti comporta per le stesse una maggiore responsabilità nel compimento delle proprie scelte sia sulle modalità, sia sui soggetti da invitare nell'ipotesi di affidamento sotto soglia. Si dubita se in concreto le stazioni appaltanti decideranno di esercitare ed in che modo tale maggiore autonomia che implica anche scelte discrezionali e quindi come tali astrattamente maggiormente criticabili».

Il decreto ha luci e ombre, secondo **Andrea Guarino**, fondatore dello **studio legale Guarino**. «Io ho il sospetto, anzi la certezza, che sia stato fatto più che dai politici dai tecnici del ministero. Alcune cose sono state fatte bene sia dal punto di vista tecnico (le norme non sono scritte male) sia per il loro contenuto. La

reintroduzione, seppur a titolo sperimentale, dell'appalto integrato, in cui il concorrente presenta un'offerta che includa anche la progettazione dell'opera, è molto positivo. Per due ragioni. Senza voler mancare di rispetto a nessuno, non sono tantissime le stazioni appaltanti che sono molto aggiornate tecnicamente. Non sempre un progetto redatto da una stazione appaltante è il migliore possibile. La seconda ragione è che incentivando l'appalto integrato si incentiva lo sviluppo tecnologico delle imprese italiane, che oggi sul



Andrea Guarino

campo internazionale sono meno forti rispetto a quelle straniere, proprio perché la progettazione non sempre è aggiornata e non sempre si ha la possibilità di svilupparla. La questione di cui si è parlato del subappalto in realtà è un falso problema.

Io capisco benissimo quali sono le preoccupazioni, visto che il subappalto può facilitare le infiltrazioni mafiose e creare confusioni. A parte che ci sono sentenze della Corte di giustizia che affermano che il subappalto deve essere ammesso senza limiti, il problema è che nessun subappaltatore dovrebbe individualmente fare la maggior parte dell'opera. Ma non vedo nulla di male nella presenza di una molteplicità di subappaltatori che, in percentuale anche molto significativa, con l'appaltatore principale mantengono la responsabilità dell'opera. Questo faciliterebbe l'ingresso di imprese minori. Lipotetica commistione tra sub appaltatori e criminalità si risolve facendo dei controlli sull'affidabilità. Su questo punto il decreto presenta un errore: sospende le verifiche in corso

di gara. Questo non è un fattore positivo.

Sono invece interessanti i commi da 11 a 14, dove si introduce una sorta di super accordo bonario preventivo. Si istituisce una commissione che ha il compito di dirimere le varie controversie che possono sorgere. Si tratta di un meccanismo un po' meno formale rispetto all'accordo bonario previsto dal codice appalti pubblici».

«La modifica delle norme che sostengono l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, disposta dalla legge 55/2019, deve essere accolta, in buona parte, come necessaria e rispondente ad allineare la disciplina di settore a esigenze che vengono presentate da molti degli attori coinvolti come prioritarie», commenta l'avvocato amministrativista **Silvano Mazzantini**, docente di Diritto amministrativo alla Luiss Guido Carli. «Per altro verso, d'altronde, non può non rilevarsi che negli ultimi 25 anni le modifiche effettuate in materia di affidamento dei contratti pubblici sono state molto più simili a una riorganizzazione (più o meno capace) di regole preesistenti che a

un vero rinnovamento e ciò anche in occasione dell'emanazione del primo «Codice» del 2006. Di questo, gli operatori continuano a pagare un costo molto alto, così come il Paese, che pare non trovare più una chiara via di accesso ove far



Silvano Mazzantini

passare le regole della «decisione» pubblica.

Perché, in definitiva, ciò che sta offuscando la dinamica dell'attività contrattuale pubblica, nelle sue più disparate declinazioni, è proprio il dissolvimento della capacità decisionale, costretta tra l'autoreferenzialità dei principi dell'azione amministrativa se non tradotti in strumenti operativi di cristallina funzione - nell'evidenza pubblica in



Alessandro Botto

gli investitori, che mirano invece ad avere una regolamentazione stabile nel tempo che consenta di effettuare delle scelte razionali e non soggettive (eccessivamente) al rischio del *change of law*.

Prendiamo in esame poi alcune scelte operate: nel subappalto viene sospeso fino al 31 dicembre 2020 l'obbligo di indicare preventivamente la terna dei possibili subappaltatori e sempre fino alla data indicata è aumentato l'importo massimo subappaltabile (portato al 40%).

Ora, a parte la durata provvisoria di tali previsioni, desta perplessità la scelta di fissare al 40% la quota di subappaltabilità, poiché non è aumentando del 10% la quota di subappalto che si risolve il problema che, com'è noto, è anche all'esame della Commissione europea (che

ItaliaOggi17

STUDI & CARRIERE

Lunedì 8 Luglio 2019 III

Molti temono che più che sbloccare, il dl bloccherà i lavori

particolare - e le monadi punitive delle varie responsabilità amministrative, contabili, disciplinari, civili e penali, che possono colpire chi «mal decide», ma molto più difficilmente colpiranno chi non decide. In questo senso la riforma fa i conti con necessità di dettaglio, lasciando aperta la



Elena Giuffrè

questione della riforma vera e propria di un settore che vede nell'articolazione della «responsabilità» dei soggetti coinvolti la necessaria chiave di lettura del rinnovamento.

In questo senso le modifiche alla modalità di acquisto di lavori, servizi e forniture per i comuni non capoluogo di provincia tramite centrali di committenza (art. 37) il divieto di appalto integrato (art. 59) l'ennesima sospensione dell'albo degli esperti tenuto dall'Anac (art. 77), subappalto, regolamento unico (confermato, dopo alcune esitazioni durante l'iter di conversione), esclusione per violazioni tributarie non definitivamente accertate (fortunatamente non tradotta in sede di conversione), sono istituti assai eterogenei da cui deriva necessariamente una difficoltà di coordinamento degli effetti che, in alcuni casi, devono dirsi - quantomeno - instabili».

Per **Elena Giuffrè**, partner a capo del dipartimento di diritto amministrativo **Ashurst** Milano, le misure introdotte dal Decreto «possono ritenersi complessivamente apprezzabili, con qualche eccezione. Sicuramente positiva è la previsione del regolamento unico delle disposizioni di attuazione ed esecuzione del Codice Appalti, che semplifica e dà certezza alla disciplina applicabile. Ci auspichiamo che esso venga emanato nei termini previsti, anche al fine di colmare alcune disposizioni rimaste ancora inapplicabili sin dall'entrata in vigore introduzione del dlgs 50/2016, quale ad esempio la definizione dei livelli di progettazione. Altra misura positiva è quella che consente alle stazioni appaltanti di poter utilizzare l'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento di contratti sotto soglia. L'esperienza ha dimostrato che il criterio del massimo ribasso puro, in alcuni casi, ha inutilmente costretto le stazioni

appaltanti ad affidare contratti di scarsa qualità, specie nel caso di prestazioni a elevata complessità tecnica. Per le medesime ragioni è apprezzata anche l'eliminazione dell'obbligo di motivare il ricorso all'offerta economicamente più vantaggiosa per i contratti sopra soglia, pur con il limite del 30% riservato al punteggio per l'offerta economica.

Degna di nota è anche la semplificazione relativa alle procedure negoziate fino ad un milione di euro, unita alla riduzione, in alcuni casi, del numero minimo di concorrenti da invitare. Starà alle stazioni appaltanti evitare che tale previsione venga irragionevolmente applicata causando un'eccessiva limitazione della concorrenza degli affidamenti di limitate dimensioni.

Con riguardo al subappalto, invece, a parte la disciplina transitoria che solo fino al 2020 innalza il limite massimo di quota di subappalto al 40%, in luogo del 30% a regime (che comunque è ridotto rispetto all'originaria



Luca Perfetti

percentuale del 50% prevista nel decreto), non si comprende la scelta di consentire alle stazioni appaltanti la limitazione del subappalto nel bando. Positiva è invece la conferma della possibilità per gli investitori istituzionali di presentare proposte di PPP per opere non presenti negli strumenti di programmazione, i quali, in considerazione delle risorse finanziarie di cui dispongono, potrebbero dare impulso a diverse iniziative infrastrutturali».

Il decreto Sblocca cantieri modifica profondamente la struttura del Codice dei contratti pubblici, in alcuni punti molto delicati, con profondi chiarimenti. «Il dato principale, sul piano dell'impostazione di fondo, è il superamento della logica del Codice unitario, che contiene tutta la disciplina, e il ritorno al modello tradizionale, antico, della disciplina legislativa - contenuta nel Codice - integrata da un regola-

mento. Si tratta di una scelta che ne contiene molte altre, non tutte positive», commenta **Luca Perfetti**, partner di

BonelliErede. «Sul versante negativo è evidente il largo clima di incertezza della normativa, che probabilmente condurrà a un fortissimo rallentamento nel settore degli appalti: a fronte di una disciplina - quella del Codice per come modificato dal decreto sblocca-cantieri - destinata a venire integrata da un regolamento che non interverrà prima di sei mesi, le gare si fermano per via dell'incertezza circa le norme da applicare. Il risultato è che il decreto sblocca-cantieri produce un blocco dei cantieri. Inoltre, poiché vi sono opere che non possono attendere e sono incerti i tempi di approvazione del regolamento è facile prevedere che succedersi di deroghe, discipline transitorie, norme speciali, che sono sempre - per definizione - in violazione del principio costituzionale di uguaglianza e foriere di liti e incertezze. Sul versante positivo, è chiaro che il decreto sblocca-cantieri depotenzia in modo molto significativo il ruolo dell'Anac e, in particolare, del suo potere di dettare norme - totalmente al di fuori della teoria delle fonti normative nello Stato di diritto - destinate a integrare la disciplina di legge. Si tratta - ed era uno degli assi portanti del Codice approvato nel 2016 - della cosiddetta soft regulation: in sostanza, di un insieme di regole che un'agenzia governativa - e non un'autorità indipendente - come Anac era legittimata ad adottare senza che avessero la forma e la sostanza di regolamenti, talvolta dettate caso per caso e facili a modificarsi nel tempo, alterando profondamente le garanzie dello Stato di diritto e foriere di incertezze e applicazioni a casi singoli - in contrasto netto con l'idea che le regole debbano essere generali ed astratte».

Per **Tommaso Paparo** partner dello studio **Regulabnetwork** «il codice dei contratti pubblici, approvato con dlgs 18 aprile 2016 n. 50, dopo un primo decreto correttivo, ha palesato in questi tre anni di applicazione tutti i suoi limiti e le contraddizioni al punto da portare il Parlamento, con la legge 16 giugno 2019 n. 55, di conversione del dl 18 aprile 2019 n. 32 (c.d. «dl Sblocca cantieri»), a riconoscere la necessità di una «complessiva revisione del codice» (art.

1, comma 18, dl cit.) e, inoltre, la sospensione di alcune disposizioni critiche per gli anni 2019 e 2020, verificando-



Tommaso Paparo

ne successivamente gli effetti (art. 1, commi 1 e 2, dl cit.). Questo crisi di appoggio e l'incapacità di tradurre le istanze del mercato e del lavoro in un codice di facile applicazione e determinante nell'economia nazionale, quella dei contratti con la p.a., si è ripercossa sulla stessa impalcatura culturale che ha portato, il legislatore del 2016, a compiere scelte penalizzanti per il settore produttivo. Significativi sono gli interventi posti in essere con il dl Sblocca cantieri sull'erogazione dei finanziamenti e delle risorse finalizzate all'esecuzione dei lavori (art. 1, commi 4 e 5), sulla progettazione (art. 1, comma 6), sul Consiglio superiore dei lavori pubblici (art. 1, commi 6, 7, e 8), sulla risoluzione del controversie relative alle riserve (art. 1, commi 10, 11, 12 e 13), sull'anticipazione del prezzo per tutti gli appalti (con modifica dell'art. 35, comma 18, del Codice dei contratti pubblici, immediatamente precettiva per integrazione ex lege dei contratti in essere ai sensi dell'art. 1339 cod. civ.), sulle procedure sottosoglia (con modifica dell'art. 36 del Codice). Il cambio di assetto culturale si registra essenzialmente nell'introduzione del comma 27-octies all'art. 216 del Codice: la materia dei contratti pubblici torna così nel suo alveo naturale della responsabilità dell'amministrazione attiva, con superamento della logica paralizzante insita nelle linee guida dell'Anac».

Il decreto «Sblocca cantieri» ha introdotto numerose previsioni finalizzate a semplificare il quadro normativo a beneficio di amministrazioni e imprese, alcune delle quali vanno senz'altro salutate con favore. «A destare qualche perplessità, semmai, è la tecnica legislativa utilizzata», spiega l'avvocato **Davide De Lungo** dello studio legale **Marini**, «In sede di conversione, il testo ha fatto per certi versi «mar-

cia indietro» rispetto ad alcune previsioni contenute nella versione originale, sospendendo in via sperimentale e per un periodo temporale limitato alcune disposizioni, di cui in un primo momento si era invece operata una più incisiva modifica o l'abrogazione tout court: l'obbligo per i Comuni non capoluogo di Provincia di avvalersi delle centrali di committenza; il divieto di appalto integrato; l'obbligo di ricorrere all'Albo dei commissari dell'Anac, per la nomina dei componenti delle commissioni. La sospensione, «nelle more della riforma complessiva del settore» per utilizzare le parole del legislatore, opera fino al 31 dicembre 2020; entro il 30 novembre 2020 il Governo deve presentare alle Camere una relazione sugli effetti della sospensione, al fine di consentire al Parlamento di valutare l'opportunità del mantenimento o meno della sospensione stessa. Anche gli altri interventi realizzati, per la quasi totalità, consistono in deroghe solo temporanee alla disciplina vigente, per l'orizzonte 2019-2020.

Ora, il problema è questo: la sospensione e la deroga temporanea, per quanto consentano di dare risposte immediate, rischiano tuttavia di alimentare dubbi e incertezze, specie in un Paese dove nulla è più permanente del transitorio; l'evocazione di un'ulteriore riforma della riforma, poi, in questa prospettiva non aiuta. Regole del gioco chiare e



Davide De Lungo

certe sono necessarie a tutti gli operatori del settore: sia alle imprese, per calcolare con esattezza le proprie strategie d'investimento, sia alle amministrazioni, per tarare adempimenti e procedure, senza la proverbiale «paura della firma». È auspicabile, quindi, che il legislatore non pratichi l'epoché, cioè non sospenda il giudizio, ma stabilizzi e semplifichi con mano ferma il tormentato settore dei contratti pubblici».

© Riproduzione riservata

Supplemento a cura di **ROBERTO MILLIACCA** rmiliacca@class.it e **GIANNI MACHEDA** gmacheda@class.it