

L'ennesima riforma del Codice dei contratti pubblici tra delega al Governo, decreto "sbloccacantieri" e messa in mora della UE.

Il Consiglio dei Ministri ha approvato nella seduta del 28 febbraio scorso un disegno di legge con cui delega il Governo ad adottare entro un anno uno o più decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni in materia dei contratti pubblici, nel rispetto delle direttive comunitarie 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE, adottando un nuovo codice dei contratti pubblici in sostituzione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ovvero modificando quello esistente secondo le effettive necessità.

Pertanto nella prima metà del 2020 gli operatori del settore (amministrazioni e soggetti privati) si troveranno di fronte ad un nuovo Codice oppure di fronte al Codice attuale profondamente riformato; quindi l'ennesima riforma della materia.

Parallelamente, il Governo ha in programma il varo di un provvedimento denominato "Sblocca cantieri" con il quale anticiperà alcuni interventi normativi di semplificazione nel settore delle infrastrutture (lavori pubblici), tema di grande attualità per imprimere anche un deciso slancio all'economia del Paese.

Le finalità e le esigenze che hanno prodotto questo nuovo impulso riformatore della normativa dei contratti pubblici si possono individuare in una maggior celerità e semplificazione delle procedure di gara, specie per quelle sotto la soglia comunitaria ed in particolare per il settore dei lavori pubblici, sull'assunto che velocizzare e snellire l'iter consenta maggior rapidità in sede di esecuzione.

Non appare semplice raggiungere i predetti obiettivi ed in particolare una maggiore semplificazione senza derogare al principio di legalità e di prevenzione della corruzione; non sono da sottovalutare inoltre i rischi legati al fatto che una velocizzazione dell'iter di gara potrebbe determinare serie criticità in sede di esecuzione dell'appalto.

A complicare lo scenario, la Commissione dell'UE ha inviato una lettera di messa in mora il 21 gennaio 2019 all'Italia e ad altri quindici Stati membri; alla base di tale iniziativa l'intento della Commissione si può riassumere facendo leva sul fatto che le Direttive vanno applicate (recepite) al meglio possibile in quanto sono decisive per uno sviluppo economico e sociale equilibrato. Inoltre, non si può prescindere da una P.A. ben organizzata e capace, dato che si perseguono due obiettivi strategici di fondo: a) avvicinare la disciplina Ue alle regole più flessibili dell'Organizzazione mondiale del Commercio, in materia di *pro-curement* contenute nell'"Accordo"; b) ampliare gli spazi di competenza delle stazioni appaltanti per migliorare la qualità della spesa, incrementare la partecipazione delle PMI e garantire l'osservanza di criteri minimi in campo ambientale e sociale senza trascurare l'innovazione e l'uso strategico del *pro-curement*.

In sintesi, la lettera di messa in mora della Commissione UE all'Italia ruota attorno a tre rilievi essenziali: 1) limiti quantitativi al subappalto e divieto di subappalto a cascata; 2)

limiti all'avvalimento; 3) divieto di partecipazione alla stessa gara per le imprese collegate. L'aspetto di fondo comune ai predetti rilievi concerne l'eliminazione della discrezionalità da parte del legislatore nazionale, riconosciuta invece dalle Direttive alle stazioni appaltanti. Problema diffuso e risalente nel tempo: si ricorda, ad esempio, il tema dell'autoproduzione di beni, servizi e lavori da parte della P.A. mediante l'affidamento dei relativi contratti a enti pubblici o privati che - seppur formalmente dotati di autonoma personalità giuridica - ne costituiscono una *longa manus*, in virtù del rapporto di "delegazione organica" (cfr. sul punto l'art. 5 del d.lgs. 50/2016 e le linee guida n. 7/2017 aggiornate dell'Anac, per precisare in quali casi i contratti conclusi nell'ambito del settore pubblico non sono soggetti all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici - considerando 32, Dir. 2014/24/UE - data la notevole incertezza giuridica nella materia).

In questo quadro ampio e complesso, è stato avviato un (ennesimo) profondo processo di riforma del Codice per renderlo più snello, semplice, più aderente alle direttive comunitarie, ripristinando il regolamento generale di attuazione e abolendo i numerosi decreti ministeriali e le linee guida dell'Anac, tutelando al massimo grado possibile gli operatori economici sul fronte degli adempimenti "burocratici", rafforzando poi l'attività di precontenzioso e di vigilanza collaborativa dell'Anac e introducendo tempistiche certe e serrate per ridurre il tempo di pagamento dei corrispettivi dei contratti di appalto.

Anche sul fronte dell'iter per il varo del decreto governativo sono stati introdotti accorgimenti per accelerare la procedura di approvazione del nuovo Codice.

La delega varata dal Governo ripropone - con importanti novità - i contenuti dell'art. 12 del più ampio disegno di legge approvato il 12 dicembre 2018 sulle "Semplificazioni", in concomitanza con il varo del decreto legge n. 135 del 14 dicembre 2018 (convertito con modifiche con legge n. 12/2019).

In pratica, quel testo è stato dal Governo ripreso e aggiornato, assurgendo ad autonomo disegno di legge delega che a breve sarà presentato alle Camere.

Ciò premesso, passiamo in rassegna brevemente le principali novità/finalità contenute nel disegno di legge delega a cui il Governo dovrà ispirarsi in sede di riscrittura del Codice:

Iter più rapido per l'approvazione della riforma

Viene delineata, come prima precisato, una procedura accelerata per l'approvazione del Codice; ad esempio, i pareri della Conferenza unificata, del Consiglio di Stato e dell'Autorità di settore (Anac) dovranno essere resi entro 45 giorni, trascorsi i quali il "Governo potrà comunque procedere". Tali pareri non sono vincolanti e tuttavia il Governo - se eventualmente non dovesse tenerne conto - dovrà rispondere "con le proprie osservazioni ed eventuali modifiche corredate dei necessari elementi integrativi di informazione e motivazione".

Maggiore chiarezza del nuovo Codice

Dall'art. 1, lett. c) del disegno di legge si ricava l'esigenza della semplicità e chiarezza di linguaggio, nonché ragionevoli proporzioni dimensionali quanto al numero degli articoli, dei commi e delle parole, privilegiando, ove possibile, una disciplina per principi e indicando nella rubrica di ciascun articolo il corrispondente articolo delle direttive europee cui si dà attuazione.

Riduzione dei tempi di gara

L'art. 1 della lett. d) impone l'efficienza e la tempestività delle procedure di programmazione, di affidamento, di gestione, e di esecuzione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, al fine di ridurre e rendere certi i tempi di realizzazione delle opere pubbliche, comprese le infrastrutture e gli insediamenti prioritari per lo sviluppo del paese, nonché di esecuzione dei servizi e delle forniture (...)

Parimenti, la lett. s) stabilisce l'obbligo per le stazioni appaltanti di procedere al monitoraggio e al controllo telematico a consuntivo del rispetto dei tempi di conclusione dei procedimenti di competenza.

Semplificazione per gli affidamenti sotto la soglia comunitaria

L'art. 1, lett. f) del ddl prevede discipline differenziate applicabili ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, nonché ai contratti da svolgersi fuori dall'Unione europea, ispirate alla massima semplificazione e rapidità; è richiesta anche una disciplina specifica per i contratti attivi (cfr. art. 4 del Codice attuale, come integrato dal "Correttivo").

Particolare attenzione dovrà prestarsi al settore dei lavori per i quali già con l'ultima Legge di stabilità è stata estesa temporaneamente (sino al 31.12.2019) la possibilità di effettuare affidamenti diretti per lavori fino a € 150.000.

Maggiore discrezionalità alle Stazioni appaltanti

La lett. g) dell'art. 1 fissa nella discrezionalità e maggiore responsabilità delle stazioni appaltanti un aspetto fondamentale della nuova disciplina, anche per assicurare maggiore flessibilità nell'utilizzo delle procedure di scelta del contraente, fornendo alle medesime stazioni appaltanti misure e strumenti di supporto attraverso il potenziamento dell'attività di vigilanza collaborativa e consultiva delle competenti autorità amministrative indipendenti, nonché delle altre amministrazioni pubbliche.

Riduzione degli oneri per i ricorsi amministrativi

L'art. 1, lett. h) stabilisce l'esigenza di razionalizzare i metodi di risoluzione delle controversie, anche alternativi ai rimedi giurisdizionali, riducendo gli oneri di impugnazione degli atti delle procedure di affidamento.

Riorganizzazione delle Centrali di committenza

La lett. m) del ddl governativo stabilisce l'esigenza del riordino dell'attuale disciplina sulle centrali di committenza e sui soggetti aggregatori, con riferimento agli obblighi e alle facoltà inerenti al ricorso agli strumenti di acquisto e negoziazione messi a disposizione da tali soggetti committenti.

Contrazione dei tempi di pagamento

La lett. t) dell'art. 1 impone (riproponendo ancora una volta) di semplificare e accelerare le procedure di spesa e contabili nel rispetto dei principi e delle regole stabiliti dalla legge 31 dicembre 2009, n. 196, eliminando gli adempimenti meramente formali e favorendo la tempestività dei pagamenti da parte dei committenti pubblici, ferma restando la verifica sulla sussistenza delle risorse finanziarie.

Eliminazione dei livelli di regolazione in contrasto con le direttive comunitarie

La lett. d) chiede una decisa limitazione dei livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee; anche la lett. o) chiede l'eliminazione dei livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti per l'adeguamento alla normativa europea, a meno che la loro necessità sia motivata dall'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) dei relativi decreti legislativi.

Ripristino del Regolamento di attuazione

Un punto fondamentale della riforma concerne il ripristino del regolamento di dettaglio, similmente al precedente regolamento di cui al DPR n. 207/2010 (abrogato troppo frettolosamente) e, ancor prima, al DPR n. 554/1999 che abrogò il "mitico" RD n. 350/1895.

Il disegno di legge delega prevede infatti che il Governo, entro due anni, detti la disciplina esecutiva e attuativa dei decreti legislativi mediante un unico regolamento, con particolare attenzione alle seguenti materie:

- a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento;
- b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto;
- c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali;
- d) sistemi di realizzazione dei contratti e selezione delle offerte;
- e) categorie di opere generali e specializzate;
- f) direzione dei lavori e dell'esecuzione;
- g) esecuzione del contratto, contabilità, sospensioni e penali;
- h) collaudo e verifica di conformità;

- i) tutela dei lavoratori e regolarità contributiva;
- l) affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato, formazione e gestione degli elenchi di operatori economici;
- m) requisiti degli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria;
- n) lavori riguardanti i beni culturali.

Ciò comporta l'abbandono delle Linee Guida vincolanti dell'ANAC (*soft law*) e il pieno ripristino del Regolamento attuativo unico che dovrà dettare la disciplina esecutiva ed attuativa di una serie di materie elencate dalla delega, analogamente al sistema ideato dal vecchio Codice (abrogato) n. 163 del 2006, con conseguente riappropriazione da parte del Governo della normativa di dettaglio.

Riguardo al ruolo dell'ANAC, nel disegno di legge delega resta un passaggio alla lettera i) che ne circoscrive le funzioni in merito al rafforzamento della certezza e della prevedibilità delle decisioni delle Stazioni appaltanti nell'applicazione della disciplina attraverso atti interpretativi di natura non regolamentare, né vincolanti.

Il prossimo iter normativo prevede l'approvazione da parte di Camera e Senato del testo di DDL per diventare a tutti gli effetti legge parlamentare di delega.

Riassumendo, approvata la delega da parte del Parlamento, il Governo avrà un anno a disposizione per l'adozione di uno o più Decreti legislativi di modifica dell'attuale Codice (d.gs. 50/2016) oppure per l'approvazione di un nuovo Codice dei Contratti Pubblici; inoltre, il Governo avrà a disposizione altri due anni dalla legge delega per l'adozione del Regolamento unico di attuazione della normativa sub-primaria contenuta nel nuovo decreto legislativo delegato.

Alcune osservazioni finali

Il percorso seguito in questi ultimi anni dal legislatore sulla contrattualistica pubblica e il metodo utilizzato e le scelte operate per recepire le ultime direttive comunitarie offrono uno scenario sconsolante sulla lungimiranza e sulla "cultura" della classe politica che governa il nostro paese.

Ricordiamo infatti che al tempo in cui erano state emanate le ultime 3 direttive comunitarie e cioè nel corso del 2014, gli appalti pubblici erano disciplinati dal Codice n. 163 del 2006 e dal Regolamento n. 207 del 2010, i quali avevano rappresentato una svolta nel nostro ordinamento, nel senso che per la prima volta dal 1865 (anno in cui fu varata la legge fondamentale sulle opere pubbliche n. 2248) il legislatore aveva ideato un "unico testo" nel quale far confluire tutta la disciplina degli appalti (di lavori, servizi e forniture) attraverso un testo normativo unitario e tutto sommato strutturato e ben ordinato (così si poteva definire il combinato disposto del Codice e del Regolamento prima ricordati).

Per quanto, quel sistema normativo, fosse ipertrofico soprattutto a causa del vizio del legislatore di intervenire con uno stillicidio di decreti, leggi e correttivi vari, quel sistema tuttavia non aveva perduto la sua organicità di fondo.

Ora, sarebbe stato sufficiente dopo l'ingresso delle nuove direttive comunitarie, mantenere quell'impianto, sfoltendolo e introducendo tutti e solo quegli aspetti di vera novità e cioè sostanzialmente la qualificazione delle stazioni appaltanti per ridurne il numero, la prevalenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per ottenere più qualità negli appalti e altri strumenti legati alla trasparenza e al contrasto della corruzione, nonché una disciplina autonoma sulle concessioni.

Ebbene, a ben vedere, è proprio quello che ora si sta tentando di porre in essere a distanza di 5 anni dal varo delle direttive n. 23, 24 e 25 del 2014.

Abbiamo dunque assistito ad una lunga (e significativa) parabola della storia normativa sugli appalti pubblici nella quale alla via più semplice e breve – riformare *ab imis* il “Codice 163” - fu incautamente preferita la via più ambiziosa (e sconosciuta) di rifondare *in toto* il sistema normativo, peraltro con modalità che già facevano presagire la “qualità” delle scelte (sic!): non possiamo infatti non ricordare i contenuti della legge delega *monstre* n. 11/2016 (circa 70 principi e criteri di delega), il primo testo del “Codice n. 50” varato in tutta fretta, pieno di errori e refusi e privo di sistematicità e di organicità, anche a causa del pochissimo tempo a disposizione per redigerlo e per la mancanza assoluta di uno spazio adeguato di conoscenza prima che entrasse in vigore, per non parlare d'altro (rammentiamo il lunghissimo elenco di “errata-corrigere” pubblicato in G.U. del 15 luglio 2016, in pratica una prima miniriforma del Codice 50).

Questa vicenda riecheggia – sia consentito l'ardito parallelo – la storia della salvezza del popolo di Israele, il quale, tratto in salvo dalla schiavitù del Faraone e degli egiziani attraverso l'esodo e il passaggio del Mar Rosso, invece di essere condotto alla Terra promessa attraverso la via più breve, fu “costretto” dall'Onnipotente a vagare per 40 anni nel deserto perché imparasse a conoscere se stesso e ad apprezzare l'aiuto decisivo di Jahvè nella propria storia.

Anche nella vicenda in esame, invece di seguire la via più breve e più semplice, il legislatore ha preferito un percorso pericoloso e inadatto con l'approvazione del “Codice 50”, in breve tempo messo in discussione ed esaltando oltremodo lo stato di incompetenza delle numerosissime stazioni appaltanti e il loro degrado organizzativo.

E a proposito di questo Codice, sia consentito osservare come funzionari competenti ed aggiornati avrebbe gestito senza grossi problemi anche il “Codice n. 50”, nonostante le sue lacune e la sua struttura sbilenca e l'inutile complessità del sistema di attuazione imperniato su innumerevoli decreti ministeriali, interministeriali, nonché linee guida

dell'Anac che costantemente si autoproducono, costringendo a letture estenuanti su testi di prosa degni di una diversa sceneggiatura.

Quando si giungerà alla fine di questo percorso, saranno trascorsi quasi due lustri dall'approvazione delle direttive comunitarie, ad essere ottimisti, per un obiettivo che era già a portata di mano a partire dal 2015, quando già avevamo studiato i contenuti delle direttive comunitarie e avevamo compreso come fosse naturale sottoporre a (completo) *restyling* il "Codice 163" e il suo Regolamento n. 207/2010.

Come nella storia della salvezza, (quanto meno) stiamo conoscendo l'insipienza delle scelte legislative, come monito a non commetterne altre, ad esempio già con l'imminente decreto "Sblocca cantieri" e avendo cura del necessario raccordo con le osservazioni della UE contenute nella lettera di messa in mora.

Una notazione finale sulla scelta di "ritornare" al Regolamento generale: quando esso venne abiurato (il DPR 207), si affermava che la sua natura di regolamento governativo rendeva il sistema normativo rigido e poco flessibile e che la ridondanza di regole e precetti non fosse in linea con una nuova impostazione più moderna, celere e duttile (di stile anglosassone).

Ora, queste critiche sono state dimenticate, travolte dall'esigenza di disconoscere l'attuale sistema; senza alcuna riflessione, si è deciso di ripristinare *tout court* l'unicità del vecchio sistema regolamentare, quando sarebbe stato, forse, più semplice e meno incoerente percorrere una diversa via; mantenere cioè – in parte - il sistema basato su pochi, scelti decreti ministeriali come già prevede il "Codice 50" a proposito della qualificazione delle imprese nei lavori pubblici (art. 83, comma 2) o in tema di progettazione (art. 23, comma 3) ed ancora mantenendo il DM n. 49/2018 con opportune integrazioni con le parti sui compiti e funzioni del RUP.

Più in generale, non sarebbe stata cattiva l'idea di varare alcuni decreti da parte del MIT imperniati sul ciclo dell'appalto, come desumibile dall'art. 38, comma 3, lett. a), b) e c).

Attraverso questa via, si sarebbe apportata una semplice rettifica del sistema attuale (e non un suo pieno e incoerente disconoscimento), mantenendo in capo al MIT la gestione (anche politica) dell'impianto normativo secondario, sempre avvalendosi delle capacità tecniche dell'Anac e dell'assistenza del Consiglio di Stato; inoltre, avremmo avuto un testo normativo flessibile senza la prosa della *soft law*.

Come nella storia della salvezza prima ricordata, quale percorso e quanto tempo per raggiungere la Terra promessa? Oppure, ritorneremo a vagabondare in pieno deserto?

A cura di Giuseppe Failla