

Appalti pubblici

Decreto Legge “*semplificazioni*” e il Disegno di Legge “*Deleghe semplificazioni*”

Le novità in tema di appalti pubblici

Decreto Legge n.135/2018 – “*Misure urgenti in materia di semplificazione e sostegno allo sviluppo*”

Lo scorso 15 dicembre è entrato in vigore il Decreto Legge n. 135/2018 recante “*misure urgenti in materia di semplificazione e sostegno allo sviluppo*” (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 14 dicembre, Serie Generale n. 290) che, all’art. 5, rubricato “*norme in materia di semplificazione e accelerazione delle procedure negli appalti pubblici sotto soglia comunitaria*” contiene alcune modifiche all’art. 80 del Codice dei Contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016).

Il Decreto Legge, in ragione della sua natura giuridica, dovrà essere convertito in Legge entro il prossimo 12 febbraio, attualmente infatti le commissioni parlamentari (nello specifico l’VIII Commissione del Senato) sono al lavoro per proporre e votare gli emendamenti di cui il testo finale potrebbe essere arricchito.

Il Decreto – approvato dall’Esecutivo – ha tradito le aspettative, era atteso infatti un intervento più corposo sul Codice dei Contratti Pubblici, ciò anche alla luce delle false speranze generate dalle bozze circolate prima dell’entrata in vigore che contenevano un “*pacchetto appalti*” ricco di interessanti emendamenti al Codice.

Nella realtà, il Consiglio dei Ministri – in sede di approvazione del testo – ha scelto di alleggerire notevolmente il “*pacchetto appalti*” contenuto nella bozza di Decreto mantenendo un’unica disposizione che, di fatto, opera solamente un “*restyling*” al testo dell’art. 80, co. 5, lett c) al fine di coordinare la normativa con quella di cui alla direttiva comunitaria 2014/24/UE.

Quella della conversione sembrava poter essere l’occasione per un “*ripescaggio*” di alcune delle disposizioni contenute nella bozza del Decreto Legge in tema di appalti (motivi di esclusione, subappalto e verifica della documentazione).

Lo stesso Sottosegretario del MISE, l’Onorevole Cioffi, aveva pubblicamente dichiarato che in sede di conversione sarebbe stata introdotta una modifica al Codice dei Contratti Pubblici attraverso la quale si sarebbe consentito ai concessionari di eseguire in proprio gli appalti senza incorrere nella limitazione delle attuali quote previste nel Codice.

Nonostante le premesse facessero ben sperare, la maggioranza parlamentare ha scelto di ritirare tutti gli emendamenti presentati concernenti modifiche al Codice dei contratti.

Circa le ragioni della scelta di escludere, ancora una volta, il pacchetto appalti dal D.L. Semplificazioni il Capogruppo del M5S al Senato (Stefano Patuanelli) ha dichiarato che sarà presto avviato l’esame di un disegno di legge contenente le riforme più urgenti in tema di appalti pubblici in attesa della più ampia riforma prevista a seguito della conclusione dell’iter di conversione in Legge del Ddl Deleghe semplificazioni (di cui si dirà in seguito).

Le tempistiche, sempre stando alle dichiarazioni del capogruppo, dovrebbero essere strette: “*la proposta è di lavorare immediatamente già a partire dalla prossima settimana, per iniziare a proporre un Ddl di iniziativa parlamentare che abbia disposizioni urgenti in attesa della legge delega*”.

LE MISURE CONTENUTE NEL D.L. 135/2018 IN TEMA DI APPALTI PUBBLICI

Come accennato, l'unico intervento relativo alla disciplina dei contratti pubblici è contenuto all'art.5 del D.L. 135/2018 e opera una riformulazione della disciplina di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) in tema di gravi illeciti professionali.

- **GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI**

(modifiche all'articolo 80, co.5, lett. c)

- Viene riformulata la disciplina dei gravi illeciti professionali (art. 80, co. 5, lett. c).

[Al comma 5 dell'articolo 80 la lettera c) è sostituita dalle seguenti: "*c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;*
c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;
c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa"].

Dalla relazione illustrativa al Decreto si legge che tali modifiche sono tese ad allineare la disciplina dell'articolo 80, co. 5, lett. c), del Codice alla Direttiva comunitaria 2014/24/UE che considera in maniera autonoma le quattro fattispecie di esclusione indicate erroneamente, a titolo esemplificativo, nella lettera c).

Federazione ANIE aveva più volte sollecitato un intervento sul tema ma quello contenuto nel Decreto Legge non risponde pienamente alle richieste in quanto ci si aspettava un intervento più incisivo che non si limitasse ai soli aspetti formali.

La modifica prevista, pur se permette di distinguere nettamente le tipologie di fattispecie integranti il grave illecito professionale, non risolve le criticità connesse all'individuazione specifica delle fattispecie che le stazioni appaltanti dovranno considerare rilevanti.

Considerando che l'integrazione di una di queste fattispecie comporta l'esclusione dalla procedura di gara, è assolutamente necessario scongiurare un utilizzo arbitrario della disciplina da parte delle stazioni appaltanti.

Federazione ANIE ritiene che sarebbe opportuno integrare la disciplina di cui all'articolo 80, co.5, lett. c) con un elenco tassativo di fattispecie che permettano un'applicazione uniforme della disciplina da parte della Committenza.

LE MODIFICHE ESPUNTE DAL TESTO DEFINITIVO

Molte, e significative, le modifiche che l'Esecutivo ha espunto dal testo definitivo del Decreto per le quali, come detto, vi è ancora una speranza di reinserimento nell'ambito del procedimento legislativo che porterà alla conversione in Legge del documento.

- **MOTIVI DI ESCLUSIONE**

(modifiche agli artt. 36, 80 e 105 del Codice dei Contratti Pubblici)

- Eliminazione della previsione che prevede l'esclusione dell'appaltatore per carenza dei requisiti generali in capo al subappaltatore (art. 80, co.1 e 5).
- Eliminazione della previsione che prevede l'obbligo per il concorrente di dimostrare l'assenza in capo al subappaltatore dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80; (art. 105, co.4).

Federazione ANIE ritiene oltremodo opportuna l'eliminazione di tale – irragionevole – previsione in quanto l'esclusione dell'appaltatore per carenza di uno dei requisiti dell'art. 80 in capo al subappaltatore, oltre ad essere contraria ad ogni principio in materia, si pone in violazione della legge delega che prevedeva (all'art. 1, co.1, lett. *rrr*) di sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica avesse dimostrato la sussistenza di motivi di esclusione. La disposizione peraltro mal si coordina con quanto previsto nel Codice in tema di avalimento (art.89, comma 3) dove la mancanza di un requisito in capo all'impresa ausiliaria non comporta l'esclusione anche del concorrente ma soltanto la sostituzione dell'ausiliaria.

In questo modo risulterebbe pacifica la possibilità, prevista dall'articolo 105, co.12, di sostituire i subappaltatori per i quali le verifiche in fase di autorizzazione del subappalto abbiamo rivelato carenze in ordine ai requisiti generali di cui all'articolo 80.

- Prevedere, nel caso di contratti sotto soglia comunitaria, la possibilità per la stazione appaltante di esaminare le offerte tecniche ed economiche prima di effettuare la verifica dei requisiti di cui all'articolo 80.

La modifica in commento concorre ad alleggerire gli oneri burocratici tanto per le stazioni appaltanti, quanto per le imprese. La possibilità, in caso di procedura aperta, di esaminare le offerte tecniche prima della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 peraltro non rappresenterebbe una novità assoluta quanto piuttosto un "*estensione*" ai settori ordinari di una disciplina già prevista nell'ambito dei settori speciali (infatti l'art.133,co. 8 – che contiene la disciplina della selezione dei partecipanti nei settori speciali – consente tale inversione procedimentale).

- **SUBAPPALTO**

(modifiche all'articolo 105 del Codice dei Contratti Pubblici)

- Rendere facoltativo l'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori, rimettendo la scelta in capo alle stazioni appaltanti (art. 105, co. 6). Analoga modifica dovrà essere prevista anche all'articolo 174 del Codice che disciplina il subappalto nell'ambito delle concessioni.

La disciplina relativa all'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori è stata – sin dall'adozione del Codice – al centro delle richieste di modifica di Federazione ANIE, questo perché la previsione risulta paralizzante se calata in alcuni mercati in cui il numero dei *competitors* è talmente esiguo da rendere difficile l'individuazione dei tre soggetti richiesti.

Dal punto di vista normativo la richiesta risulta essere una sorta di gold plating del Legislatore rispetto alla delega. L'adempimento richiesto infatti risulta eccessivo rispetto a quanto previsto all'art. 1, co.1, lett. rrr) della legge delega: *“espressa individuazione dei casi specifici in cui vige l'obbligo di indicare, in sede di offerta, una terna di nominativi di subappaltatori per ogni tipologia di attività prevista in progetto”*.

Peraltro l'adempimento richiesto si è dimostrato nella pratica fine a se stesso in quanto, sovente, le verifiche effettuate in sede di gara si rivelano non più attuali al momento dell'effettivo utilizzo del subappaltatore (che data la particolare natura del contratto potrebbe avvenire anche a distanza di anni dall'aggiudicazione della gara).

Rendere facoltativa l'indicazione della terna di subappaltatori rappresenta il primo passo per far sì che l'istituto del subappalto diventi un effettivo ausilio per le imprese consentendo alle stesse di organizzare liberamente la propria attività. Federazione ANIE, naturalmente, non mancherà di segnalare le ulteriori criticità che residuano in tema di subappalto quali: l'innalzamento del limite del 30% se calcolato sull'importo complessivo dell'appalto (ovvero la previsione di un limite del 30% da calcolare sulla sola categoria prevalente permettendo il subappalto libero delle categorie scorporabili) ed una disciplina più chiara relativamente al pagamento diretto dei subappaltatori.

Disegno di Legge recante *“Deleghe al Governo per le semplificazioni, i riassetti normativi e le codificazioni di settore”*

L'esecutivo sta inoltre lavorando per l'approvazione di un Disegno di Legge recante *“Deleghe al Governo per le semplificazioni, i riassetti normativi e le codificazioni di settore”* che conterrà una delega in materia di appalti.

Per l'adozione del Disegno di Legge *“deleghe semplificazioni”* si prospettano tempi più lunghi rispetto al D.L. *Semplificazioni*, ciò perché una volta approvato dal Consiglio dei Ministri, dovrà seguire l'iter legislativo tradizionale.

LE POSSIBILI MISURE IN TEMA DI APPALTI PUBBLICI

Il Disegno di legge cd. *“Deleghe Semplificazioni”* contiene un'ampia delega al Governo volta, tra le altre cose, ad un intervento di riforma complessiva del Codice dei Contratti pubblici.

In base a tale delega, il Governo dovrà adottare diversi decreti legislativi di semplificazione, riassetto normativo e codificazione, agendo per settori omogenei o per specifiche attività o gruppi di attività, con l'obiettivo di semplificare e coordinare sotto il profilo formale e sostanziale il testo delle disposizioni legislative vigenti.

Nonostante il disegno di legge non sia ancora stato trasmesso al Parlamento per l'avvio dell'esame (e non sia previsto alcun termine per la conclusione dell'esame) dalle bozze circolate è possibile desumere le principali misure previste in materia di appalti e le finalità perseguite:

- L'obiettivo della delega è quello di permettere al Governo di predisporre uno o più decreti legislativi per il riassetto della materia dei contratti pubblici *“adottando un nuovo Codice dei Contratti pubblici in sostituzione di quello di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ovvero modificandolo per quanto necessario”*.
- È prevista una Razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie ed un rafforzamento della certezza applicativa delle norme attraverso atti di interpretazione dell'ANAC.
- È prevista la reintroduzione di un Regolamento che regoli l'attuazione e l'esecuzione da affiancare al Codice dei contratti pubblici in luogo della cd. Soft Law.

Federazione ANIE ritiene opportuno intervenire sul Codice attraverso modifiche puntuali per risolvere le criticità presenti ed implementare l'applicazione di alcune disposizioni, ad oggi, rimaste ancora inattuate. Ciò perché si condivide l'impianto normativo del Codice in vigore, caratterizzato da interessanti spunti innovativi che necessitano di essere resi effettivamente utilizzabili.

Si condivide la necessità di chiarire e semplificare alcune disposizioni contenute nel Codice nonché quella di eliminare i rinvii a normazione secondaria, un intervento di questa portata permetterebbe di garantire una maggior certezza interpretativa e di diritto.

Analogamente si condivide la scelta di rafforzare i poteri di vigilanza dell'Autorità, questo permetterebbe di ottenere una cospicua riduzione del contenzioso senza sacrificare l'aspetto regolatorio considerato che gran parte di questa attività verrebbe affidata ad un Regolamento di attuazione.

La volontà di reintrodurre un Regolamento, anche al fine di rafforzare i poteri di vigilanza dell'ANAC, è una prima risposta dell'esecutivo alle numerose richieste di Federazione ANIE – e di gran parte degli operatori di settore – circa la necessità di riorganizzare l'impianto normativo garantendo da un lato la certezza del diritto e la semplificazione e dall'altro l'efficientamento delle procedure.