

## Il Decreto Sblocca Cantieri ha realmente dato nuovo impulso agli appalti pubblici?

di Annalisa Di Ruzza, Alessandra Pepe

Data di pubblicazione: 2-7-2019

### Le novità più rilevanti del Decreto Sblocca Cantieri

Nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 140 del 17 giugno 2019 è stata pubblicata la Legge 14 giugno 2019, n. 55 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici” (il “Decreto Sblocca Cantieri”).

Trattasi di un testo ricco di novità, la maggior parte delle quali introdotte dal cd *super emendamento* che è intervenuto in particolare sull’art. 1 del Decreto Legge 32/2019, nelle more di una più completa revisione del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. (il “Codice dei contratti pubblici” o “D.Lgs. 50/2016”) finalizzata a ridurre gli oneri burocratici gravanti sulle imprese che accedono al mercato dei pubblici appalti. Tra le novità più rilevanti introdotte dal Decreto Sblocca Cantieri vi è senz’altro la previsione di un **Regolamento unico**, recante disposizioni attuative ed esecutive del D.Lgs. 50/2016 e destinato a sostituire sia le Linee Guida ANAC sia i provvedimenti attuativi con riferimento alle materie di cui nell’art. 216, *comma 27-octies* dello stesso decreto, ossia: (i) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; (ii) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; (iii) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; (iv) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; (v) direzione dei lavori e dell’esecuzione; (vi) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; (vii) collaudo e verifica di conformità; (viii) affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; (ix) lavori riguardanti i beni culturali.

Il novellato art. 216, *comma 27-octies* del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. prevede che “*dalla data di entrata in vigore del Regolamento cessano di avere efficacia le linee guida di cui all’articolo 213, comma 2, vertenti sulle materie indicate al precedente periodo nonché’ quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal Regolamento*”.

Nulla si dice circa tutti i restanti provvedimenti (es. i decreti emanati dai vari Ministeri) che non potranno essere abrogati da un regolamento attuativo e che, in assenza di puntuali indicazioni, si ritiene che resteranno in vigore affiancando il Regolamento medesimo.

Oltre che attraverso l’adozione di un Regolamento Unico, il legislatore sembra voler dare

nuovo slancio agli “appalti pubblici”, rivedendo la disciplina degli affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie. In ragione delle modifiche introdotte dal Decreto Sblocca Cantieri convertito in legge, il novellato art. 36 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., per i contratti sotto soglia, prevede:

*“comma 2, lett b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all’articolo 35 del D.Lgs 50/2016 per le forniture e i servizi, mediante l’affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori e per servizi e forniture di almeno cinque operatori economici, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l’acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L’avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l’indicazione anche dei soggetti invitati;*

*“comma 2, lett. c), per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all’articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L’avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l’indicazione anche dei soggetti invitati;”*

*“comma 2, lett. c-bis), per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all’articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L’avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l’indicazione anche dei soggetti invitati;”*

*“comma 2, lett. d), per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all’articolo 35, mediante ricorso alle procedure di cui all’articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall’articolo 97, comma 8”.*;

Il legislatore tramite il Decreto Sblocca Cantieri pare abbia voluto semplificare e velocizzare l’espletamento delle procedure di gara, esprimendo (i) il proprio favor per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando; (ii) lasciando alle amministrazioni la possibilità di chiedere un preventivo, in luogo dell’offerta - forse con ciò alludendo ad un documento meno strutturato e meno formale di quanto non sia l’offerta in senso tecnico -; (iii) ed infine non indicando termini minimi di pubblicità o per la presentazione del preventivo.

Considerato che anche la più piccola delle acquisizioni è soggetta al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità di cui all’art. 4 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., le pubbliche amministrazioni potrebbero massimamente cogliere i vantaggi offerti dalle modifiche introdotte dal Decreto Sblocca Cantieri, per esempio, dotandosi – qualora già non ne dispongano -, di un albo fornitori e relativo regolamento che ne disciplini l’utilizzo, applicando le soglie di cui al Decreto

summenzionato. Diversamente, le amministrazioni già in possesso di albi/elenchi fornitori potrebbero, richiamando le soglie di cui all'art. 36 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. come novellato dal Decreto Sblocca Cantieri, ridurre sensibilmente il numero minimo di soggetti da invitare alle procedure con importi sotto soglia comunitaria, ottenendo un notevole risparmio in termini di risorse umane, economiche, di tempo e migliorando l'efficacia stessa di dette procedure.

Per amor di chiarezza, si completa la disamina di detta norma rammentando che le modifiche introdotte dall'articolo 1, comma 20, lett. h) della Legge 55/2019 si sovrappongono a quelle in precedenza introdotte dall'articolo 1, comma 912 della L. 145/2019 (Legge di bilancio 2019). Tale comma aveva elevato la soglia per gli affidamenti diretti in via temporanea, ossia per il solo anno 2019 prevedendo che *“nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, **fino al 31 dicembre 2019**, le stazioni appaltanti, in deroga all'art 36, comma 2, del medesimo codice, possono procedere all'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 40.000 e inferiore a 150.000 mediante affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di **3 operatori economici** e mediante le procedure di cui al comma 2, lettera b) dell'art 36 del d.lgs n. 50 del 2016 per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 e inferiore a 350.000<sup>[1]</sup>”*.

Si

rileva come la procedura di cui al Decreto Sblocca Cantieri sia esattamente la medesima già in vigore con la L. 145/2019, che aveva introdotto una disciplina derogatoria all'articolo 36, comma 2 del D.Lgs 50/2016 e s.m.i., ma destinata ad operare fino al 31 dicembre 2019.

Infine, il legislatore è intervenuto sulla lettera d), comma 2 dell'art. 36 del D.Lgs. 50/2016 che regola i lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alla soglia di rilevanza comunitaria ossia fino ad Euro 5.548.000 per i quali si richiede il ricorso alla procedura aperta di cui all'articolo 60 del D.Lgs 50/2016 e s.m.i., fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8 del D.Lgs. 20/2016 e s.m.i. Detta previsione statuisce che quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, si procede automaticamente all'esclusione delle offerte anormalmente basse.

In materia di **criteri di aggiudicazione**, il legislatore, così come in sede di redazione del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., conferma il proprio *favor* per l'adozione del criterio del prezzo più basso in caso di affidamenti di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria, prevedendo all'art. 36, comma 9-bis che *“fatto salvo quanto previsto all'articolo 95, comma 3, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del criterio del minor prezzo ovvero sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa”*. Si introduce, pertanto, una componente di discrezionalità nella scelta del criterio di aggiudicazione che trova il proprio limite nelle fattispecie di cui al comma 3 dell'articolo 95 del D.lgs. 50/2016, in cui si prevede che debbano essere aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa:

a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a);

b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di

natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro;

b-bis) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

L'impatto di tale modifica, tuttavia, potrebbe rivelarsi non rilevante: tale deduzione è altresì avvalorata dai dati pubblicati nella Banca dati nazionale contratti pubblici ("BDNCP") laddove si osserva che *"per quanto attiene al settore lavori, il numero degli affidamenti, al di sotto della soglia comunitaria, per i quali è stato utilizzato il criterio dell'o.e.p.v. nell'anno 2018 è pari solo al 12,89% del totale degli affidamenti dei lavori [...]; per quanto attiene al settore servizi, il numero degli affidamenti, al di sotto della soglia comunitaria, per i quali è stato utilizzato il criterio dell'o.e.p.v. nell'anno 2018 è pari al 40%; di cui il 12% dei servizi continuerà ad essere affidato mediante o.e.p.v (trattandosi di servizi rientranti nelle ipotesi previste dall'art. 95 comma 3 d.lgs. n. 50/2016)[2]"*. A ben vedere, il ricorso al criterio del minor prezzo in luogo del criterio dell'o.e.p.v. investirebbe una percentuale poco significativa di affidamenti.

Con riferimento alle **cause di esclusione** di cui all'art. 80 del D.Lgs. 50/2016, aveva ingenerato particolare interesse l'introduzione dell'esclusione di un operatore economico *"se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati"* (art. 80, comma 4, quinto periodo del D.lgs 50/2016 e s.m.i.). La previsione di una causa di esclusione verso operatori economici responsabili di violazioni degli obblighi relativi al pagamento delle imposte o dei contributi previdenziali non accertati definitivamente dall'autorità giudiziaria o amministrativa e solo adeguatamente motivata dall'amministrazione, era stata tacciata da ANAC di non essere accompagnata da "idonei contrappesi". L'ANAC aveva rilevato la necessità di richiamare il carattere della gravità della violazione, in ossequio al principio di proporzionalità[3], in modo da risolvere la situazione di disparità di trattamento tra l'operatore economico che aveva commesso violazioni definitivamente accertate e l'operatore economico che non aveva subito un accertamento definitivo. In ragione delle molteplici perplessità che aveva destato tale modifica, nella legge di conversione non viene confermata detta impostazione, non convertendo la disposizione in materia di esclusioni.

D'altra parte, nelle more della conversione del Decreto Sblocca Cantieri, l'originaria versione dell'articolo 1, comma 1 del Decreto è stata profondamente modificata con l'approvazione dell'emendamento che ha previsto, fra le altre, anche la **sospensione fino al 31 dicembre 2020** di alcune disposizioni del D.lgs. 50/2016. Detta sospensione:

- è a titolo sperimentale;
- riguarda i bandi o avvisi pubblicati successivamente all'entrata in vigore del decreto, ossia successivamente al 18 giugno 2019;
- (oppure) le procedure senza pubblicazione di bandi o avvisi per le quali alla data di entrata in vigore del decreto non siano ancora stati trasmessi inviti a presentare offerta.

Le disposizioni soggette a sospensione sono:

- **in materia di stazioni appaltanti:** l'art. 37 comma 4 del D.lgs 50/2016, nella parte in cui prevede, per i comuni non capoluogo di provincia, di svolgere la funzione di stazione appaltante attraverso le **centrali di committenza, unioni di comuni o stazione unica appaltante;**
- **in materia di progettazione congiunta all'esecuzione:** l'art. 59, comma 1, quarto periodo, del D.lgs 50/2016, nella parte in cui vieta l'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori (risulta applicabile solo ai settori ordinari);
- **in materia di commissari di gara:** l'art. 77, comma 3 del D.lgs. 50/2016, nella parte in cui obbliga a scegliere i commissari di gara tra gli esperti iscritti all'albo istituito presso l'ANAC, fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, predeterminate da ciascuna stazione appaltante con propri documenti e regolamenti interni;
- **in materia di terna dei subappaltatori:** gli artt. 105, comma 6 e 174 comma 2 terzo periodo del D.lgs. 50/2016, nella parte in cui obbligano ad indicare la terna di subappaltatori in sede di offerta qualora gli appalti e le concessioni di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35 e sospensione delle verifiche, in sede di gara, delle cause di esclusione del subappaltatore. Infine, sempre in materia di subappalto, l'emendamento ha previsto che il subappalto non possa superare la quota del 40% dell'importo complessivo (nel D.Lgs. 50/2016 era al 30%, nel DL 32/2019 originale al 50%); mentre resta fermo il limite del 30% di cui all'art. 105 comma 5 del D.lgs 50/2016 per le opere "ad elevato contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica" (art. 89 comma 11 del D.lgs 50/2016 e s.m.i.). È evidente come in sede di conversione, le posizioni originarie siano state fortemente ridimensionate, sostituendo le modifiche con la sospensione temporanea di alcune previsioni in materia di subappalto. Il dubbio che, tuttavia, permane è se l'innalzamento al 40% del limite delle prestazioni subappaltabili valga a replicare alle perplessità e riserve manifestate dalla Commissione europea in tema di violazioni della tutela del principio della concorrenza e della massima partecipazione degli operatori economici al mercato delle commesse pubbliche.

#### **4. Il subappalto, paradigma di una faticosa convivenza tra direttive comunitarie e principi nazionali**

Gli interventi sulla disciplina del subappalto, erano piuttosto prevedibili, date sia le molteplici perplessità manifestate dalle istituzioni europee (in ultima analisi con la lettera di costituzione in mora – infrazione n. 2018/2273) che l'evidente discrepanza tra le direttive euro-unitarie e l'ordinamento nazionale. La Commissione, già all'indomani dell'entrata in vigore del D.lgs. 50/2016, aveva rilevato che *"la disciplina di cui all'articolo 105 del Codice Italiano dei contratti pubblici sembra creare un sistema in cui il subappalto è, in linea generale, vietato [...] la previsione di limiti quantitativi generali e astratti applicabili laddove il subappalto è consentito, sembrano in netto contrasto con le norme e la giurisprudenza UE"*. Nella prospettiva di una maggiore liberalizzazione dell'istituto in fase di esecuzione delle gare di appalto, il legislatore nazionale si piega alle volontà del regolatore europeo prevedendo - oltre all'abrogazione (temporanea) dell'obbligo di indicazione, in sede di offerta, della terna di nominativi dei

sub-appaltatori –il venir meno dell’obbligo di dimostrare l’assenza dei motivi di esclusione ai sensi del comma 4, lett. d) dell’articolo 105 del D.Lgs n. 50/2016. Il riconoscimento di maggiori spazi all’istituto è accompagnato da numerose incertezze, poiché da sempre nel nostro Paese il subappalto ha rappresentato *“una zona opaca, all’ombra della quale prosperano le mafie, il lavoro nero, i cantieri insicuri che generano infortuni sul lavoro (...) fenomeno sotto gli occhi di tutti, asseverato da statistiche, prove e controprove[4]”*. Il timore, infatti, che optando per un’opzione regolatoria meno intransigente vengano messi in discussione quei valori superiori consacrati nell’articolo 36 del TFUE, quali quello della legalità, della trasparenza e della sicurezza pubblica permane. A tal proposito, giova ricordare come già con il Decreto-legge n.113/2018 (cd. “Decreto sicurezza”) il legislatore nazionale si era avveduto della necessità più che di circoscrivere l’ambito di operatività dell’istituto *de quo*, di introdurre delle regole specifiche che consentissero alla stazione appaltante di verificare che le prestazioni subappaltate fossero eseguite da imprese *“qualificate e immuni da contaminazioni mafiose (...) in questa prospettiva, lo strumento del subappalto può recuperare la sua reale funzione di promozione della concorrenza e di apertura del mercato alle piccole e medie imprese (come voluto proprio dal regolatore europeo) [5]”*.

In ogni caso quella del subappalto è una questione estremamente delicata, ove appare tutt’altro che agevole un bilanciamento tra il mantenimento di una disciplina più restrittiva al fine di prevenire fenomeni quali quello della criminalità organizzata, e l’operare una semplificazione dell’istituto del subappalto conforme ai principi dell’ordinamento comunitario.

### ***Il ritorno al Regolamento unico: spunti di riflessione***

Il ritorno al Regolamento unico appalti, è senza dubbio, la novità del Decreto Sblocca Cantieri che suscita maggiore interesse poiché determina l’automatico accantonamento delle Linee guida ANAC. Il D.lgs 50/2016 aveva attribuito ad ANAC pregnanti poteri in svariati settori e aveva altresì incrementato gli spazi demandati alle Linee guida, chiamate a supplire al ruolo, sino ad allora svolto dalle fonti regolatorie tradizionali quali decreti presidenziali e ministeriali.

Le Linee guida ANAC, chiamate ad integrare il Codice dei contratti pubblici, per quanto espressione di una regolazione più libera, informale e mobile rischiavano di *“frustrare i valori costituzionali a una normazione politicamente responsabile e organizzata secondo modelli tipici e tassativi[6]”*, arrecando un grave *vulnus* all’assetto costituzionale e ordinamentale delle fonti di produzione del diritto. Come scrive R. Bin: *“la sostituzione della politica con il mercato (che era il sogno vagheggiato da Adam Smith ben prima che Coase formalizzasse il suo teorema) non è affatto un’operazione neutra, ma un’opzione altamente politica che implica alcune scelte strategiche. È il tramonto di una visione della società fatta di processi democratici che determinano le scelte pubbliche e della prevalenza dell’interesse generale su quello individuale; siccome l’interesse generale non può che essere l’interesse dei più, essa è necessariamente ispirata alla giustizia sociale, alla tutela delle componenti deboli, all’obiettivo di assicurare la parità di chance. Ma tutto ciò non è affatto “economico”: in nome dell’economia [...]. È così, messo in un angolo lo Stato democratico costituzionale, ci ritroviamo con una riedizione della sovranità della ricchezza e della proprietà (nonché del consumo e dell’utenza) che si erge contro la sovranità della politica, dei cittadini, della rappresentanza, della regola di maggioranza, della volontà generale. Questo è il problema:*

*con il tramonto della sovranità politica, noi cittadini – “we, the people” – vediamo sfumare il nostro ruolo e veniamo declassati a consumatori. [...] si chiama soft law perché contesta la stessa utilità di un diritto “duro”, “arcigno”, l’opprimente regolazione di provenienza statale. Che bisogno ne abbiamo? Non basta il mercato a garantire i nostri diritti – i diritti di noi, “we, the consumers”?* La stessa Corte dei Conti, nella relazione sul disegno di legge di conversione del Decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, aveva rilevato come le Linee guida di fatto avessero introdotto fattori di incertezza sia in ordine alla loro effettiva cogenza e sia in termini di dettaglio delle regole, auspicando, in ultima analisi, la tempestiva adozione del citato Regolamento unico.

## Conclusioni

Da una prima analisi del Decreto Sblocca Cantieri emerge come la scelta di adottare delle modifiche legislative *“in via sperimentale”* riveli l’esistenza di una *“zona d’ombra”* su cui il legislatore non sa come intervenire, e per tale ragione predilige delle scelte *“soft”* frutto del contemperamento tra le istanze del passato e quelle del presente. L’incertezza giuridica che genera tale *modus operandi* ha evidenti ripercussioni sul regolare funzionamento del mercato degli appalti pubblici. Difatti, laddove le disposizioni di settore risultano poco chiare e si inseriscono in un quadro normativo estremamente frammentato, si favorisce il rischio di procedure di gara anormalmente *“protratte nel tempo”*, incapaci di soddisfare le esigenze per cui dette procedure di gara erano state indette e di ostacolare gli affidamenti di lavori, servizi e forniture. Come osservato dall’ANAC nel Report in cui scandaglia le principali criticità del presente decreto, *“un quadro giuridico confuso non favorisce la concorrenza, scoraggiando gli investimenti anche di imprese estere e, questione da evidenziare, può favorire la commissione di eventi corruttivi. È quindi evidente il rischio che al continuo mutamento delle norme di settore, consegua un non corretto esercizio dell’azione amministrativa nel settore contrattuale pubblico”*. Benchè il Decreto Sblocca Cantieri sia sicuramente animato da nobili propositi, è evidente che appare, sin da ora, bisognoso di essere confortato da ulteriori interventi normativi laddove realmente voglia dare nuova forza e vigore al settore degli appalti pubblici.

---

[1] Il comma 912 dell’art. 1 della L. 145/2018 è stato abrogato dall’articolo 1, comma 24 del Decreto legge 32/2019 nel testo convertito dalla legge n. 55/2019.

[2] Report ANAC sul Decreto legge 18 aprile 2019 n. 32, Prime valutazioni di impatto sul sistema degli appalti pubblici, 17 maggio 2019.

[3] Report ANAC sul Decreto legge 18 aprile 2019 n. 32, Prime valutazioni di impatto sul sistema degli appalti pubblici, 17 maggio 2019.

[4] Osservazioni Finco sulla Bozza del Decreto-legge in Consiglio dei Ministri, 15 aprile 2019.

[5] C.Deodato, *Il Subappalto: un problema o un'opportunità?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017, p. 2.

[6] C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017, p. 18. In merito alla proliferazione della c.d. *soft law* si è espresso anche R. Bin, *Soft law, no law*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009. Diritto privato dei paesi comunitari. Sez. Approfondimenti, p.31 e ss.