
	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 19 e 20 settembre 2019 Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri
---	---	---

**LE NOVITÀ DEL CODICE DEGLI APPALTI
ALLA LUCE DEL DECRETO SBLOCCA CANTIERI**

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 19 e 20 settembre 2019 Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri
---	---	---

Introduzione - 1. Le modifiche introdotte a fine 2018 - 2. Le modifiche introdotte dallo Sblocca-cantieri - 2.1. La disciplina del subappalto (articolo 105 del Codice) - 2.2. Le modalità di affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria (articoli 32 e 36 del Codice) - 2.3. La sospensione temporanea (fino al 31 dicembre 2020) dell’obbligo per i comuni non capoluogo di provincia di ricorrere a centrali di committenza e soggetti aggregatori (articoli 37 e 38 del Codice) - 2.4 L’abrogazione del rito super-accelerato (articolo 120 c.p.a.) - 2.5. Il ridimensionamento del sistema di regolazione flessibile - 2.6. La progettazione e l’appalto integrato (articoli 23, 24, 26, 46 e 59 del Codice) - 2.7. Il valore stimato degli appalti e anticipazione del prezzo (articolo 35 del Codice) 2.8. I motivi di esclusione (articolo 80 del Codice) e i mezzi di prova (articolo 86 del Codice) - 2.9. La commissione giudicatrice e l’anomalia dell’offerta (articoli 77, 78 e 97 del Codice) - 2.10. Il contraente generale e la finanza di progetto (articoli 183, 196, 197 e 199 del Codice) - 2.11. La qualificazione degli esecutori di lavori pubblici (articolo 84 del Codice) - 2.12. La fase di esecuzione – Conclusione.


INTRODUZIONE

Con il decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (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), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 (cosiddetto decreto Sblocca-cantieri), sono state introdotte importanti modifiche ad un Codice, quello approvato con il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, che era nato sotto l’auspicio del superamento degli errori commessi in vigenza del vecchio codice del 2006, ma che ha invece dato luogo a molte incertezze applicative.

Il codice del 2006 aveva manifestato un duplice limite. In primo luogo, aveva prodotto un’assoluta instabilità della disciplina, dovuta a centinaia di interventi di modifica che avevano continuamente rimaneggiato l’impianto originario. In secondo luogo, aveva determinato un’eccessiva regolamentazione di dettaglio, non richiesta dalle direttive europee di riferimento, che aveva finito per imbrigliare il sistema degli appalti, in molti casi agevolando sacche di illegalità e di inefficienza amministrativa.

A dieci anni di distanza, con il Codice del 2016, si è cercato di affrontare i suddetti limiti, puntando su alcuni significativi cambiamenti di prospettiva. Innanzitutto, si è cercato di introdurre una nuova disciplina che fosse in grado di stabilizzare le regole in materia di contratti pubblici, mettendo fine all’incertezza. Per raggiungere questo risultato, si è cercato di superare la rigidità della normativa con una disciplina codicistica di contenuto più generale, demandando allo strumento, più flessibile, della soft law (decreti ministeriali e linee guida) la regolamentazione di dettaglio.


Nel merito, le principali novità hanno invece riguardato: a) il passaggio da gare formali, in cui si premiava l’offerta confezionata meglio, a gare sostanziali in cui avrebbe dovuto vincere l’offerta migliore; b) il passaggio da criteri meramente economicistici, che privilegiavano i prezzi più bassi, ad approcci qualitativi, con una maggiore centralità del criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa; c) il passaggio da un numero molto alto di micro-stazioni appaltanti a una platea ristretta di centrali di committenza, capaci di gestire procedure complesse; d) il passaggio da un’autorità di

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 19 e 20 settembre 2019 Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri
---	---	---

vigilanza con poteri assai limitati all’attuale ANAC che avrebbe assommato poteri di regolazione (soft law), di vigilanza, di sanzione e di consulenza; e) il passaggio da gare caratterizzate da un numero elevato di contenziosi a gare in cui sarebbe stato necessario proporre immediatamente ricorso (cosiddetto rito super-accelerato: articolo 120, comma 2bis, c.p.a.) avverso le esclusioni e le ammissioni, con conseguente (auspicabile) definizione immediata del coacervo degli operatori economici partecipanti.

Non tutto è andato come si pensava. La nuova disciplina, rivelatasi subito difficile da assimilare e metabolizzare, ha provocato, innanzitutto, una contrazione del mercato delle commesse pubbliche. Ciò ha portato il legislatore, nel 2017, a provvedere ad un primo correttivo, con il decreto legislativo 9 aprile 2017, n. 56 (Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), con modifiche di un certo rilievo, anche se non impattanti sulle scelte di fondo del Codice. Tra le altre, si segnalano quelle relative:

- a) alla progettazione (articolo 24 del d.lgs. 50/2016): introduzione della vincolatività dei parametri professionali (d.m. 18 giugno 2016) dei progettisti;
- b) alla trasparenza (articolo 29 del d.lgs. 50/2016): gli obblighi di pubblicazione sono diventati più penetranti, includendo anche l’obbligo di pubblicare la composizione della Commissione e i curricula;
- c) alla semplificazione per gli affidamenti diretti (articolo 32 del d.lgs. 50/2016): è stata introdotta la possibilità di un atto unico per gli affidamenti inferiori ad euro 40.000. In tali casi, infatti, l’affidamento diretto può essere disposto con atto unico che ricomprenda, sia la determina a contrarre che gli elementi di un ordinario atto di affidamento (oggetto, importo, fornitore, ragioni della scelta del fornitore, possesso requisiti);
- d) agli affidamenti sotto-soglia (articolo 36 del d.lgs. 50/2016): per gli affidamenti al di sotto di euro 40.000 è stata ribadita la possibilità di affidamento diretto anche senza confronto di 2 o più preventivi (smentendo le Linee-guida ANAC n. 4), fermo restando l’obbligo di motivare l’affidamento in ordine alla congruità del prezzo. Quanto alla procedura negoziata, è stato modificato il numero di operatori da invitare: 5 operatori (servizi e le forniture) fino alla soglia comunitaria; 10 operatori (lavori) fra 40.000 e 150.000 (prima erano 5); 15 operatori (lavori) fra 150.000 e 1.000.000 di euro (prima erano 10);
- e) all’appalto integrato (articolo 59 del d.lgs. 50/2016): ritorno dell’istituto, anche se condizionato, essendo l’appalto integrato consentito solo nei casi, da motivare congruamente nella determina a contrarre, in cui l’elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell’appalto sia nettamente prevalente rispetto all’importo complessivo dei lavori;
- f) alla commissione giudicatrice (articoli 77 e 78 del d.lgs. 50/2016): per i lavori al di sotto di 1 milione di euro e per i servizi/forniture sotto-soglia, nonché per gli affidamenti privi di particolare complessità (come ad esempio quelli effettuati mediante procedure telematiche) è stata data facoltà all’ente di nominare alcuni componenti interni nella Commissione giudicatrice, fatta eccezione per il Presidente. E’ stata inoltre superata, con norma subito operativa, l’incompatibilità “assoluta” del RUP quale membro della Commissione: tale incompatibilità deve essere valutata di volta in volta;

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 19 e 20 settembre 2019 Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri
---	---	---


- g) ai requisiti generali e speciali (articoli 80 e seguenti del d.lgs. 50/2016): al di là di talune modifiche all’articolo 80 volte a correggere precedenti errori, è stato introdotto il nuovo soccorso istruttorio gratuito, venendo meno così l’obbligo di indicare nel bando la misura della sanzione da applicare;
- h) all’offerta economicamente più vantaggiosa e costi della manodopera (articolo 95 d.lgs. 50/2016): ferma restando la priorità dell’OEV (sempre obbligatoria nei casi di cui al comma 3, con la precisazione che per i servizi ad alta intensità di manodopera non c’è obbligo di OEV se l’affidamento è diretto), sono stati precisati i casi di possibile deroga (comma 4, prezzo più basso: sempre, per servizi e forniture, sotto i 40.000; per i lavori, la soglia di ammissibilità del massimo ribasso è stata elevata da euro 1.000.000 ad euro 2.000.000, ma a condizione che la gara sia svolta con procedura ordinaria, e non con semplice procedura negoziata. Si è, inoltre, esteso agli oneri di manodopera l’obbligo, già sancito per gli oneri aziendali di sicurezza, a pena di esclusione, di indicazione da parte del concorrente nella propria offerta economica dei costi della manodopera.

L’incertezza applicativa è, tuttavia, continuata, specialmente in ragione di una disciplina primaria non sempre di agevole lettura e assorbimento, nonché dei fisiologici ritardi registrati nel completamento del nuovo corpus normativo con la prevista regolamentazione secondaria e di soft law. Ciò ha portato, anche a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 16/2017, ad una intensa attività dei TAR e del Consiglio di Stato e, a partire dalla fine del 2018, all’introduzione di ulteriori, significative, modificazioni al d.lgs. 50/2016.

1. LE MODIFICHE INTRODOTTE A FINE 2018

Alcune modifiche sono state introdotte dal decreto-legge 4 dicembre 2018, n. 135 (Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione), convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, e dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021). In particolare:

- a) per i beni e i servizi, è stata innalzata la soglia per non incorrere nell’obbligo di ricorrere al MEPA, passata da 1.000 euro a 5.000 euro (l. 145/2018);
- b) sono state modificate le procedure di aggiudicazione dei lavori di importo compreso tra 40.000 e 150.000 euro per le quali, prima dell’entrata in vigore della legge di bilancio, era applicabile la lettera b) del comma 2 dell’articolo 36 del Codice e, quindi, la procedura negoziata (l. 145/2018):
 - b1) sino al 31 dicembre 2019, è stata prevista la possibilità di procedere (solo per i lavori) all’affidamento diretto, ma previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici;
 - b2) una piccola modifica ha riguardato, inoltre, i lavori di importo uguale o maggiore a 150.000 euro ma inferiori a 350.000 euro, per i quali è stata confermata la procedura negoziata, ma è stato cambiato il numero degli operatori economici da consultare, passato da un minimo 15 ad un minimo di 10;

	<p>Osservatorio Legislativo Interregionale</p>	<p>Roma, 19 e 20 settembre 2019</p> <p>Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta</p> <p>Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri</p>
---	--	--

- c) è stata inoltre, modificata la lettera c) del comma 5 dell’articolo 80, in materia di illeciti professionali, con una disciplina che tiene conto dei rilievi della Commissione europea (decreto semplificazioni).

2. LE MODIFICHE INTRODOTTE DALLO SBLOCCA-CANTIERI

Con il decreto Sblocca-cantieri si è passati ad un nuovo, significativo, intervento di modifica. Alcuni interventi recano modifiche di mero dettaglio; altri segnano un vero e proprio cambiamento di rotta rispetto alla strada intrapresa dal legislatore con il d.lgs. n. 50/2016.

A livello sostanziale, le modifiche più incisive riguardano:


2.1 LA DISCIPLINA DEL SUBAPPALTO (ARTICOLO 105 DEL CODICE)

Per comprendere la portata delle modifiche, occorre partire dalla lettera di messa in mora inviata all’Italia nell’ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273, la quale contestava, fra l’altro:

- a) il limite del 30 per cento: secondo la Commissione, il diritto eurounitario, improntato al principio del *favor* verso le piccole e medie imprese, consentirebbe di limitare il ricorso al subappalto soltanto in relazione alla particolare natura delle prestazioni da svolgere, mentre non sarebbe ammissibile una limitazione quantitativa prevista in termini generalizzati;
- b) l’obbligo di preventiva indicazione della terna di subappaltatori: secondo la Commissione, tale obbligo imporrebbe di indicare la terna anche nei casi in cui gli offerenti non intendono fare ricorso a nessun subappaltatore o intendono fare ricorso a meno di tre subappaltatori;
- c) il divieto di subappalto a cascata: secondo la Commissione, gli Stati membri non possono imporre ai subappaltatori un divieto generale e universale di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori.

Le novità introdotte dallo Sblocca-cantieri rispondono solo in parte a detti rilievi e consistono in una di una serie di disposizioni transitorie che trovano applicazione fino al 31 dicembre 2020, nelle more di una complessiva riforma del settore dei contratti pubblici. In particolare, fino al 31 dicembre 2020:

- a) il limite del 30 per cento, in deroga all’articolo 105, comma 2, del d.lgs. 50/2016, che non viene pertanto abrogato, è innalzato al 40 per cento dell’importo contrattuale, fatta salva l’operatività del 30 per cento per le opere super specialistiche, ai sensi dell’articolo 105, comma 5. Nel caso delle concessioni (articolo 174 del d.lgs. 50/2016) non opera alcun limite.
Nel testo originario del decreto-legge il limite veniva abrogato e sostituito dal 50 per cento. La stessa ANAC, in sede di primo commento al d.l. 32/2019, che come detto innalzava il limite al 50%, aveva sottolineato che: *“il rigore che ha caratterizzato la disciplina nazionale trova origine nella consapevolezza che tale strumento può ben prestarsi ad essere utilizzato fraudolentemente, per eludere le regole di gara e acquisire commesse pubbliche indebitamente”*;
- b) la possibilità di ricorrere al subappalto deve essere indicata dalle stazioni appaltanti nel bando di gara.

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 19 e 20 settembre 2019 Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri
---	---	---

Nel testo originario del decreto legge la necessità di indicare sempre nel bando la possibilità di ricorrere al subappalto era introdotta in via definitiva. Il rischio è che la norma, così come modificata in sede di conversione, possa essere letta nel senso di autorizzare sempre la stazione appaltante a non prevedere detta possibilità senza bisogno di motivare la scelta;

- c) resta sospesa l’operatività dell’obbligo di preventiva indicazione della terna di gara (cfr. articolo 105, comma 6, del d.lgs. 50/2016) nonché le verifiche in sede di gara (cfr. articolo 80, comma 1, del d.lgs. 50/2016) riferite al subappaltatore. Tale sospensione vale anche per i subappalti le concessioni (cfr. articolo 174, comma 2, terzo periodo del d.lgs. 50/2016).

Nel testo originario del decreto-legge l’obbligo di indicazione della terna non veniva sospeso ma abrogato.

Resta, quindi, sospeso anche l’obbligo, per i contratti sotto soglia, di indicare nella *lex specialis* modalità e tempistiche per la verifica dei requisiti generali in capo al subappaltatore (cfr.. articolo 86 sui mezzi di prova) prima della stipula del contratto, ma permane l’obbligo (eliminato dal decreto-legge, ma ripristinato in sede di conversione) di dimostrare a valle, cioè al momento dell’affido del subappalto, con le modalità di cui all’articolo 86, comma *2bis*, del d.lgs. 50/2016, l’assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80 (cfr. l’articolo 105, comma 4, lettera d), del d.lgs. 50/2016, come modificato dal d.lgs. 56/2017.


Alcune novità contenute nel testo originario del decreto-legge non sono più presenti nel testo convertito. In particolare, è stata soppressa l’abrogazione, introdotta per rispondere alla procedura di infrazione, del divieto di subappaltare a soggetti che avessero a propria volta partecipato alla procedura. Nel testo convertito del decreto-legge si conferma che coloro che hanno partecipato alla gara non possono essere subappaltatori. Anche l’obbligo per la stazione appaltante di pagare direttamente il subappaltatore in caso di inadempimento dell’appaltatore o comunque, in ogni caso, a semplice richiesta del subappaltatore è stato soppresso in sede di conversione, con il ritorno al testo originario dell’articolo 105, comma 13, che limita la possibilità di ricorrere ai pagamenti diretti ai casi in cui l’appaltatore è una micro o una piccola impresa, ai casi di inadempimento dell’appaltatore o su richiesta del subappaltatore se la natura del contratto lo consente.

2.2. LE MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI DI IMPORTO INFERIORE ALLE SOGLIE DI RILEVANZA COMUNITARIA (ARTICOLI 32 E 36 DEL CODICE).

In questo caso, le modifiche riguardano l’innalzamento delle soglie di importo che consentono gli affidamenti diretti e la rivalutazione del criterio del minor prezzo, cui è stata restituita pari dignità, sotto la soglia di rilevanza comunitaria, all’offerta economicamente più vantaggiosa. Esse si sovrappongono alla disciplina derogatoria introdotta, limitatamente all’anno 2019, dal comma 912 della l. 145/2018, che è stato abrogato¹.

Si tratta di affidamenti diretti, disciplinati dalle linee guida ANAC n. 4, recentemente aggiornate con delibera del Consiglio n. 636 del 10 luglio 2019 (a loro volta destinate ad essere sostituite dal regolamento generale), che possono essere effettuati anche senza

¹ L’articolo 32 è stato modificato solo limitatamente ad alcuni interventi di coordinamento.

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 19 e 20 settembre 2019 Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri
---	---	---

consultazione di due o più operatori economici. Va ricordato che, in questi casi le procedure prendono avvio con una determina a contrarre, il cui contenuto può essere semplificato (cioè contenere l’oggetto dell’affidamento, l’importo, il fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti²).

Viene invece modificata la lettera b) e sono sostituite le lettere c) e d) con le nuove lettere b), c), *cbis* e d).


Il particolare, alla lettera b) è ora prevista la possibilità di affidare direttamente gli appalti di lavori per importi pari o superiori a 40 mila euro e inferiori a 150 mila euro, per i lavori, e pari o superiori a 40 mila euro e inferiori alla soglia comunitaria, per i servizi. Nel primo caso, è richiesta solo la previa valutazione di almeno 3 preventivi; nel secondo caso, la previa valutazione di almeno 5 offerte, per i servizi e le forniture.

Si tratta di una sorta di affidamento diretto “non puro”, che non ha nulla a che vedere né con la procedura negoziata precedentemente prevista dalla lettera b) - cui continuano a fare riferimento, nel paragrafo 5, le linee guida n. 4³ - né con quella prevista transitoriamente, fino al 31 dicembre 2019 - ma per effetto dell’entrata in vigore del d.l. 32/2019 il periodo transitorio è scaduto, anticipatamente, il 18 aprile 2019 - dall’articolo 1, comma 912, della l. 145/2018, che, solo per i lavori, aveva introdotto la possibilità, per la fascia di importo pari o superiore a 40 mila euro e inferiore a 150 mila euro, di procedere, in alternativa alla procedura negoziata di cui alla lettera b), con “*l’affidamento diretto previa consultazione di tre operatori economici*”.

Le due modalità di affidamento hanno, infatti, diversa natura giuridica. L’affidamento diretto previsto dalla l. 145/2018 presupponeva una consultazione che non poteva esaurirsi in una mera assunzione e valutazione di preventivi, ma richiedeva, probabilmente, un confronto competitivo tra gli operatori; si trattava, quindi, di una procedura molto simile ad una procedura negoziata. L’ultima formulazione della lettera b), oggi in vigore, presuppone, invece, un nuovo affidamento diretto, con la semplice valutazione di tre preventivi per i lavori e di cinque operatori economici per i servizi, senza che possa parlarsi di un confronto competitivo. Si tratta, in ogni caso, di una fase, quella della previa valutazione, ad oggi non disciplinata e su cui solo il nuovo

² Per gli affidamenti diretti di importo fino a 20.000 euro sono consentite semplificazioni nel procedimento di verifica dei requisiti, secondo quanto previsto ai paragrafi 4.2.2 e 4.2.3 delle Linee guida 4.

³ Si ricorda che l’ANAC non ha potuto aggiornare le citate linee guida perché nell’articolo 216, comma 27octies, del Codice dei contratti è precisato che: “*Ai soli fini dell’archiviazione delle citate procedure di infrazione, nelle more dell’entrata in vigore del regolamento, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e l’ANAC sono autorizzati a modificare rispettivamente i decreti e le linee guida adottati in materia*”; ciò vuole dire che l’ANAC è autorizzata a modificare le linee guida soltanto per l’archiviazione delle procedure d’infrazione e non per altro, anche se non se ne comprende la motivazione.

	<p>Osservatorio Legislativo Interregionale</p>	<p>Roma, 19 e 20 settembre 2019</p> <p>Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta</p> <p>Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri</p>
---	--	--

Regolamento unico, cui si fa rinvio al comma 7 del d.lgs. 50/2016⁴, potrà dare chiarimenti⁵.

La lettera c) del comma 2 dell’articolo 36 del d.lgs. 50/2016 prevede, invece, per lavori di importo superiore a 150 mila euro e inferiore a 350 mila euro, la procedura negoziata (senza pubblicazione del bando) previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. La lettera *cbis* prevede, a partire da 350 mila euro e sotto al milione di euro, la stessa procedura, ma la consultazione deve riguardare almeno quindici operatori. Dal milione in su e fino alla soglia comunitaria, si applica sempre la procedura aperta (prima si parlava di “procedure ordinarie”). Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi sotto soglia, la stazione appaltante è tenuta a stabilire nel bando l’esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia.


Vale la pena di evidenziare anche la modifica, poi abrogata in sede di conversione, del comma 5: nell’ottica della semplificazione, in analogia a quanto già avviene nei settori speciali, il decreto-legge prevedeva, prima della conversione, la possibilità per la stazione appaltante, per i contratti sotto soglia, di esaminare le offerte tecniche ed economiche prima di effettuare la verifica dei requisiti di cui all’articolo 80 del d.lgs. 50/2016. La norma aveva dato luogo a molte critiche, per la sua imprecisione. Donde, la sua soppressione. Tuttavia, va segnalato che l’articolo 1, comma 3, del decreto-legge, come modificato in sede di conversione, estende ai settori ordinari, fino al 31 dicembre 2020, l’applicazione della disposizione prevista, per i settori speciali, dall’articolo 133, comma 8, del Codice, che consente agli enti aggiudicatori, limitatamente alle procedure aperte, di esaminare le offerte prima della verifica del possesso dei requisiti generali da parte degli offerenti. Ciò potrebbe portare a effetti paradossali. Infatti, fino al 31 dicembre 2020, l’inversione dell’apertura delle buste potrebbe essere prevista, ma solo nelle procedure aperte, “*nel bando di gara o nell’avviso con cui si indice la gara*” (così, l’articolo 133, comma 8, del Codice, cui rinvia l’articolo 1, comma 3, del d.l. 32/2019), mentre per gli importi di minore valore permarrebbe la regola generale.

Lo Sblocca-cantieri ha inoltre introdotto, all’articolo 36, i commi *6bis* e *6ter*. Il primo rivede le modalità di verifica del possesso dei requisiti generali nei mercati elettronici⁶: il controllo a campione (con modalità riviste: si deve fare riferimento alla Banca dati nazionale degli operatori economici, la cui operatività è, però, subordinata all’entrata in vigore del regolamento attuativo dell’articolo 81 del d.lgs. 50/2016), previsto sotto i 40

⁴ Come si vedrà più avanti, il Regolamento unico recherà la disciplina della disciplina relativa alle procedure sotto soglia, attualmente contenuta nelle linee guida 4. Queste ultime restano in vigore nel periodo transitorio.

⁵ Da sottolineare, come profilo critico, il mancato coordinamento con l’articolo 157 del d.lgs. 50/2016, che disciplina l’affidamento dei servizi di architettura e ingegneria per importi pari o superiori a 40 mila e inferiori a 100 mila euro, continuando a prevedere una procedura negoziata, con invito ad almeno 5 soggetti, con rinvio all’articolo 36, comma 1, lettera b), che, però, come evidenziato oggi prevede l’affido diretto.

⁶ Continua a valere, in questo caso, l’obbligo, per i servizi e le forniture, di ricorrere al MEPA per importi pari o superiori a 5 mila euro, ai sensi dell’articolo 1, comma 450, della legge 296/2006.

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 19 e 20 settembre 2019 Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri
---	---	---


mila euro, viene esteso a tutti i contratti sotto soglia. Se, da un lato, ciò evita duplicazioni, dall’altro non tiene conto che un operatore economico già controllato dal gestore del mercato elettronico, potrebbe in un momento successivo essere incorso una situazione di inidoneità morale che rischia di non essere accertata. Il secondo prevede che, nell’ambito dei mercati elettronici, le verifiche della stazione appaltante (le altre le fa come detto il gestore del mercato elettronico) sono limitate ai requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali, ferma restando la verifica del possesso dei requisiti generali quando l’aggiudicatario non rientri nel campione estratto ai sensi del comma 6bis.

Infine, con l’introduzione, all’articolo 36 del d.lgs. 50/2016, del comma 9bis, si: individua, per il sotto soglia, il criterio del prezzo più basso, sempre utilizzabile in alternativa all’offerta economicamente più vantaggiosa. La disposizione va letta in stretta connessione con l’abrogazione dell’articolo 95, comma 4, lettera a), del d.lgs. 50/2016, che restringeva l’utilizzabilità del criterio del minor prezzo ai soli affidamenti di lavori di importo pari o inferiore a 2 milioni di euro *“quando l’affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo”*, e dell’articolo 95, comma 4, lettera c), del d.lgs. 50/2016, che disponeva la medesima limitazione a quegli affidamenti di servizi e forniture di importo pari o inferiore a 40.000 euro o anche di valore superiore, sino alle soglie comunitarie, purché *“caratterizzati da elevata ripetitività”*. È stata, inoltre, novellata la lettera b) del predetto comma 4: il prezzo più basso è, ora, consentito per servizi e forniture con caratteristiche standardizzate le cui condizioni sono definite dal mercato.

Si tratta, quindi, di una vera e propria liberalizzazione del criterio per tutti i contratti sotto soglia (adottata, secondo la relazione illustrativa, *“nell’ottica della semplificazione”*). Da notare che, rispetto al testo del decreto-legge, è stato rimosso, in sede di conversione, il riferimento all’obbligo di motivazione in caso di scelta del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, che avrebbe dato luogo persino ad una radicale inversione dei rapporti gerarchici di aggiudicazione a favore del criterio del massimo ribasso. Per quest’ultimo, ai sensi dell’articolo 95, comma 5, del d.lgs. 50/2016, permane, invece, l’obbligo di motivazione, anche se va rilevato che detto obbligo è, oggi, espressamente previsto limitatamente alle fattispecie di cui all’articolo 95, comma 4, senza alcun richiamo all’articolo 36, comma 9bis.

Le uniche eccezioni alla regola della alternatività, nel sotto-soglia, dei due criteri sono quelle contemplate dall’articolo 95, comma 3, del d.lgs. 50/2016, come modificato dal d.l. 32/2019), che prevede i casi in cui l’offerta economicamente più vantaggiosa è da intendersi quale criterio esclusivo di aggiudicazione. Prima della modifica, costituivano già eccezione, per importi pari o superiori a 40 mila euro: i) i contratti relativi ai servizi sociali, di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera⁷; ii) i contratti relativi all’affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e altri servizi di natura tecnica e intellettuale. Con le modificazioni introdotte dal d.l.

⁷ Ciò conformemente a quanto stabilito dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, nella sentenza 21 maggio 2019, n. 8, ha chiarito come i servizi ad alta intensità di manodopera (sono tali quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell’importo totale del contratto) debbano essere necessariamente affidati con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, quand’anche abbiano caratteristiche standardizzate.

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 19 e 20 settembre 2019 Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri
---	---	---

32/2019, è stata aggiunta la fattispecie relativa a: iii) i contratti di servizi e forniture di importo pari o superiore a 40 mila euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno carattere innovativo.

2.3. LA SOSPENSIONE TEMPORANEA (FINO AL 31 DICEMBRE 2020) DELL’OBBLIGO PER I COMUNI NON CAPOLUOGO DI PROVINCIA DI RICORRERE A CENTRALI DI COMMITTENZA E SOGGETTI AGGREGATORI (ARTICOLI 37 e 38 DEL CODICE)

Le novità sono state introdotte in sede di riscrittura dell’articolo 1 del decreto-legge in Senato.

L’articolo 37, comma 4, del d.lgs. 50/2016 prevede che qualora la stazione appaltante sia un comune non capoluogo di provincia (ferme restando le facilitazioni previste dai commi 1 e 2 per gli acquisti di importo contenuto), lo stesso dovesse procedere secondo una delle seguenti modalità: a) ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati; b) mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorziandosi in centrali di committenza nelle forme previste dall’ordinamento; c) ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso le province, le città metropolitane ovvero gli enti di area vasta.

L’obbligo di centralizzazione ha, tuttavia, creato problemi a molti comuni, legati in particolare alla difficoltà di individuare in tempi ragionevoli CUC e soggetti aggregatori che fossero in grado di seguire le gare d’appalto. È stato, quindi, deciso di sospendere fino al 31 dicembre 2020 l’obbligo di centralizzazione.


Da notare che il d.l. 32/2019 aveva mutato l’obbligo in facoltà, attraverso la sostituzione, al comma 4 dell’articolo 37, del termine “procede” con la locuzione “*può procedere direttamente e autonomamente oppure*”, mantenendo ferme, pertanto, le forme di centralizzazione ivi previste. Tuttavia, in sede di conversione, questa modifica è stata eliminata e l’applicazione della norma è stata, come detto, semplicemente sospesa fino al 31 dicembre 2020. L’effetto è, quindi, lo stesso (facoltatività), ma con un limite temporale.

La modifica è stata anticipata da un’interessante sentenza del TAR Brescia (sezione I, 21 maggio 2019, n. 266), secondo cui, in assenza della disciplina attuativa della qualificazione prevista dall’articolo 38 del d.lgs. 50/2016, ogni ente locale, previa iscrizione nell’anagrafe unica dell’ANAC (che, ai sensi dell’articolo 216, comma 10, del d.lgs. 50/2016, equivale, nel periodo transitorio alla qualificazione) può bandire e gestire come autonoma stazione appaltante tutte le procedure di gara a cui sia interessato, senza che questo possa mettere a rischio l’aggiudicazione, sotto il profilo della violazione del principio di centralizzazione delle committenze.

Altre modifiche hanno riguardato:

2.4 L’ABROGAZIONE DEL RITO SUPER-ACCELERATO (ARTICOLO 120 C.P.A.)

Il cosiddetto rito super-accelerato, disciplinato dall’articolo 120, comma 2bis, c.p.a., costringeva i concorrenti a impugnare immediatamente (entro 30 giorni dalla loro pubblicazione sul profilo di committente della stazione appaltante), le ammissioni/esclusioni disposte all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico/finanziari e tecnico/professionali. Esso, inoltre, precludeva, in caso di omessa

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 19 e 20 settembre 2019 Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri
---	---	---

impugnazione, la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale, e considerava inammissibile l’impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività.


Il rito è stato oggetto di molte critiche, relative, in particolare, alla legittimità costituzionale dello stesso e alla sua efficacia.

Sotto il primo profilo, occorre rilevare come la questione di legittimità costituzionale del rito fosse stata rimessa alla Corte costituzionale da parte del TAR Puglia, con ordinanza del 20 giugno 2018, n. 903. Secondo i giudici amministrativi, il rito super-accelerato, obbligando i partecipanti alla gara ad anticipare il ricorso rispetto al momento in cui si sa chi è aggiudicatario, avrebbe introdotto una *fictio iuris* (presunzione di lesività) incompatibile con gli articoli 24, 103 e 133 Cost., che configurano il diritto di azione quale azionabile unicamente dal titolare di un interesse personale, attuale e concreto alla tutela giurisdizionale richiesto. Inoltre, la necessità di proporre plurimi ricorsi avverso le singole amministrazioni avrebbe contrastato con i principi di ragionevolezza (articolo 3, comma 1, Cost.), effettività della tutela giurisdizionale (articoli 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2, e 113, commi 1 e 2, Cost.) del giusto processo (111, comma 1, Cost.) e della ragionevole durata del processo (articolo 11, comma 2, Cost.)⁸.

Quanto, invece, alla efficacia, da più parti è stato evidenziato che il rito non ha portato alla deflazione del contenzioso e non ha accelerato le procedure. Al contrario, mentre nelle procedure minori l’elevato livello della contribuzione unificata e l’elevato numero dei partecipanti ha scoraggiato i ricorsi e quindi indirettamente accelerato la definizione delle gare, nei grandi appalti si è verificato un proliferare di ricorsi tutti contro tutti, rallentando la realizzazione dei lavori. Inoltre, la difficoltà di molte stazioni appaltanti di metabolizzare la prassi dell’approvazione dei provvedimenti, da pubblicare sul sito web istituzionale, con l’elenco degli ammessi/esclusi, ha portato i giudici amministrativi a ritenere ammissibile l’impugnazione dell’ammissione anche in sede di ricorso avverso l’aggiudicazione, rilevando che, non essendosi adempiuto alla pubblicità di legge, il ricorso avverso l’ammissione altrui non avrebbe potuto essere fatta al buio⁹. Infine, il rito mal si conciliava con il fatto che all’atto della pubblicazione degli atti della procedura, il concorrente sa che l’altro concorrente è stato ammesso, ma non sa il perché. Può fare accesso agli atti, ma i verbali di gara si limitano a dare atto di un controllo formale. I

⁸ Il TAR Piemonte, con ordinanza n. 88 del 17 gennaio 2018, aveva rimesso alla CGUE la questione pregiudiziale circa la conformità della norma con il diritto dell’unione europea eurounitario sotto il profilo della compromissione del diritto di difesa, del principio di effettività sostanziale della tutela e, in generale, dei principi del giusto processo. La Corte di Giustizia dell’Unione Europea, con ordinanza resa nella causa C-54/18 del 14 febbraio 2018, ha ritenuto detta disciplina compatibile con il diritto dell’Unione europea.

⁹ In questo caso si è pronunciato il Consiglio di Stato, sezione III, con sentenza n. 1902 del 27 marzo 2018, secondo cui l’onere di impugnazione immediata degli atti di ammissione ed esclusione non è da intendersi in modo rigido, essendo ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura.

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 19 e 20 settembre 2019 Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri
---	---	---

controlli sui requisiti si fanno, infatti, dopo ed è in quella sede che possono emergere profili di illegittimità dell’eventuale ammissione (o meglio non esclusione)¹⁰.

Lo Sblocca-cantieri, senza attendere la pronuncia della Corte costituzionale, ha abrogato l’articolo 120, comma 2bis, del c.p.a.¹¹, in tal modo facendo venire meno l’obbligo di impugnazione immediata e la disposizione che prevedeva l’inammissibilità dell’impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività. Ciò determina dubbi interpretativi circa l’inammissibilità di eventuali impugnative dirette contro la proposta di aggiudicazione. Non è infatti chiaro se tale provvedimento debba continuare a essere considerato non direttamente impugnabile, né se tale provvedimento debba essere, per effetto dell’abrogazione dell’articolo 120, comma 2bis, considerato facoltativamente impugnabile, come la vecchia aggiudicazione provvisoria, contro la quale era possibile proporre ricorso anche senza attendere l’aggiudicazione definitiva, salva la proposizione di successivi motivi aggiunti.


È stato, inoltre, previsto che le modifiche trovano applicazione solo *“ai processi iniziati dopo l’entrata in vigore”* del d.l. 32/2019. Ciò determina problematiche di diritto processuale intertemporale, a causa dell’utilizzo del termine a-tecnico *“iniziati”*. Non è infatti del tutto pacifica l’esatta portata pratica della novella con riferimento ai ricorsi notificati prima dell’entrata in vigore del decreto ma depositati (questo essendo, nel giudizio amministrativo il momento di inizio del processo) in un momento successivo. In linea di principio, in questo caso l’impugnativa dovrebbe seguire il rito ordinario, che però ne determinerebbe l’inammissibilità in quanto il ricorso sarebbe proposto avverso un atto non lesivo. Sennonché la prima giurisprudenza applicativa della novella sembra ragionevolmente orientata a considerare *“iniziati dopo l’entrata in vigore del presente decreto”* i processi in cui il ricorso introduttivo venga notificato (e non già depositato) dopo il 9 aprile 2019 (data di entrata in vigore del decreto)¹². Un ricorso notificato prima, quindi, continuerebbe a seguire le regole del rito super-accelerato.

Strettamente connesse all’abrogazione del rito super accelerato sono, inoltre le modificazioni introdotte agli articoli 29 e 76, in tema di trasparenza. In particolare, sono stati soppressi il secondo, il terzo e il quarto periodo del comma 1 dell’articolo 29, escludendo, così, la pubblicazione nella sezione *“Amministrazione trasparente”*, entro

¹⁰ In TAR Lombardia, sezione I, con sentenza del 2 luglio 2018, n. 1638, ha evidenziato che l’onere di immediata impugnazione delle ammissioni alle gare si applica ai soli profili di inammissibilità della partecipazione di immediata percezione evidenziabili nella fase iniziale della gara, mentre non è riferibile alle ipotesi di inammissibilità che non emergono dall’esame documentale delle domande di partecipazione e delle dichiarazioni ad esse inerenti, ma che presuppongono un’attività di verifica.

¹¹ Sono stati, inoltre, modificati, per mere esigenze di coordinamento, i commi 5, 7 e 9 dell’articolo 120 c.p.a. Il comma 11 del medesimo articolo è stato modificato al fine di sancire l’applicabilità ai giudizi di impugnazione (con rito ordinario) del comma 9, come modificato, al fine di chiarire che i termini di deposito della sentenza e di eventuale pubblicazione anticipata del dispositivo sono gli stessi nel giudizio di primo grado e in appello.

¹² In questo senso si sono pronunciati il TAR Calabria, sezione I, 13 maggio 2019, n. 324, e il TAR Toscana, sezione I, 27 maggio 2019, n. 803.

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 19 e 20 settembre 2019 Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri
---	---	---

due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, dei provvedimenti di esclusione dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici (cd. pubblicità che produce effetti legali, in applicazione dell’articolo 37 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 (Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni)). L’obbligo di dare avviso di tali provvedimenti ai candidati e agli offerenti rimarrà comunque operativo, essendo stato non già abrogato tout court, ma semplicemente trasposto nel corpo dell’articolo 76 del Codice, con l’estensione del relativo termine da due a cinque giorni. A tale riguardo, è previsto che l’avviso debba indicare l’ufficio e il collegamento informatico riservato presso cui i provvedimenti in questione devono essere resi disponibili.


2.5. IL RIDIMENSIONAMENTO DEL SISTEMA DI REGOLAZIONE FLESSIBILE

Una delle modifiche più significative introdotte dal decreto Sblocca-cantieri riguarda il ridimensionamento del sistema della *soft law* introdotto dal d.lgs. 50/2016, che come è noto aveva rinviato per la disciplina di dettaglio all’adozione di provvedimenti attuativi di varia natura e, in particolare, di linee guida e decreti ministeriali, in sostituzione del previgente regolamento unico (decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207) Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante “*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*”).

Lo scopo era quello di prevedere una disciplina flessibile, in grado di consentire un più agevole adattamento in relazione alle esigenze derivanti da modifiche legislative o da prassi applicative, concedendo, inoltre, maggiore discrezionalità alle pubbliche amministrazioni. Gli obiettivi perseguiti non sono stati, tuttavia, del tutto, raggiunti, in ragione, tra l’altro, della impreparazione degli operatori del settore (PA e imprese) ad interagire con una disciplina così flessibile e indefinita. Inoltre, sotto il profilo dell’inquadramento nel sistema delle fonti, i nuovi strumenti hanno determinato molti dubbi, rendendo necessario l’intervento del Consiglio di Stato¹³. Infine, molti dei provvedimenti previsti dal d.lgs. 50/2016 non sono stati, ad oggi, ancora emanati, con notevoli difficoltà operative e di coordinamento normativo tra atti di nuova adozione e disposizioni del d.P.R. 207/2010, ancora vigenti in via transitoria

Le modifiche introdotte dallo Sblocca-cantieri mirano a risolvere le predette problematiche attraverso il ritorno a norme cogenti e stabili che possano essere accolte in

¹³ Cfr. parere n. 855 del 2016, con il quale il Consiglio di Stato ha distinto le linee guida tra: 1) quelle adottate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell’Anac, previo parere delle competenti commissioni parlamentari: a prescindere dal *nomen juris* attribuitogli dal Codice, questa tipologia di Linee guida rientra, secondo il Consiglio di Stato, tra i regolamenti ministeriali veri e propri disciplinati dall’articolo 17, comma 3, della legge 400/1988; 2) quelle emanate con delibera Anac, con capacità vincolante *erga omnes*, ritenuti dal Consiglio di Stato (ma parte della dottrina dissente) atti di regolazione delle Autorità indipendenti (non si tratterebbe di regolamenti in senso proprio, ma di atti amministrativi generali con compiti, appunto, “di regolazione”); 3) quelle pur sempre emanate con delibera Anac, ma non vincolanti (una categoria che ha determinato notevoli incertezze applicative).

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 19 e 20 settembre 2019 Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri
---	---	---

un unico corpus normativo, sul modello del richiamato d.P.R. 207/2010. Detto obiettivo è perseguito attraverso la previsione, all’articolo 216, comma 27octies, del d.lgs. 50/2016, di un Regolamento unico di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice che dovrà essere adottato entro 180 giorni dall’entrata in vigore del d.l. 32/2019, ai sensi dell’articolo 17 della legge 400/1988. Il Regolamento unico dovrà disciplinare materie dettagliatamente elencate, vale a dire: i requisiti degli operatori economici per l’affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria, attualmente disciplinati dal d.m. 263/2016; la nomina, il ruolo e i compiti del RUP, la cui disciplina è, ad oggi, contenuta nelle linee guida ANAC n. 3; le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure sotto-soglia, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici, la cui disciplina è, ad oggi, contenuta nelle linee guida ANAC n. 4; le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, la cui disciplina è, ad oggi, contenuta nel d.m.248/2016; il Controllo tecnico, contabile e amministrativo e la verifica di conformità, la cui disciplina è, ad oggi, contenuta nel d.m. 49/2018; e i lavori concernenti i beni culturali, la cui disciplina è, ad oggi, contenuta nel d.m. 154/2017.


Il Regolamento non sostituisce, quindi, tutti i previgenti strumenti di attuazione, ma rappresenta una ulteriore fonte normativa che si aggiunge alle altre. È quindi errato parlare di un ritorno al binomio regolamento-codice. Fra le linee guida che rimarranno efficaci, si annoverano le linee guida 5, relative ai *“Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell’Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici”*; le linee guida 6, relative alla *“Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice”*; le linee guida 7, aventi ad oggetto: *“Linee Guida per l’iscrizione nell’Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall’art. 192 del d.lgs. 50/2016”*; le linee guida 9, aventi ad oggetto: *“Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”*.

Nelle more dell’adozione del Regolamento unico, continuano a trovare applicazione le linee guida e i decreti attuativi destinati ad essere dallo stesso sostituiti, in quanto compatibili con il presente codice e non oggetto delle procedure di infrazione nn. 2017/2090 e 2018/2273. Il ministero delle infrastrutture e dei trasporti e l’ANAC sono autorizzati, sempre nelle more, a modificare i suddetti atti, ma ai soli fini di archiviare le procedure di infrazione.

Alle modifiche sin qui riportate, si aggiungono, in estrema sintesi, le seguenti:

2.6. LA PROGETTAZIONE E L’APPALTO INTEGRATO (ARTICOLI 23, 24, 26, 46 E 59 DEL CODICE)

È stata introdotta, per il 2019 e il 2020, una nuova disciplina semplificata (affidamento sulla base del progetto definitivo) per la realizzazione degli interventi di manutenzione (ordinaria e straordinaria, ad esclusione degli interventi di manutenzione straordinaria che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali).

	<p>Osservatorio Legislativo Interregionale</p>	<p>Roma, 19 e 20 settembre 2019</p> <p>Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta</p> <p>Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri</p>
---	--	--

È stato, inoltre, demandata al nuovo Regolamento unico, in luogo di uno specifico decreto ministeriale previsto dal testo previgente, la disciplina dei contenuti della progettazione nei tre livelli progettuali, nonché del contenuto minimo del quadro esigenziale che devono predisporre le stazioni appaltanti.

È stata introdotta una nuova disciplina del contenuto e delle fasi di elaborazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica, attraverso la previsione, per i lavori pubblici sopra soglia, dell’obbligo di elaborazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali.

Nell’ambito delle concessioni, è stato consentito agli affidatari di incarichi di progettazione di poter ottenere la concessione del relativo lavoro.

Tra i soggetti che preposti alla verifica della progettazione è stata inserita anche la stazione appaltante, qualora disponga di un proprio sistema di controllo della qualità. Tre sono le fasce rilevanti: per importi pari o superiori a 20 milioni di euro, la verifica continua a poter essere fatta solo dagli organismi di controllo accreditati; per importi pari o superiori alla soglia europea e inferiori a 20 milioni di euro, oltre agli organismi accreditati e ai professionisti esterni, la verifica può essere fatta anche dalla stazione appaltante, nel caso disponga di un sistema interno di controllo della qualità; per importi pari o superiori a 1 milione di euro e inferiori alla soglia europea, la verifica continua a poter essere fatta dagli uffici interni ove il progetto sia stato redatto da progettisti interni o, se il progetto è stato fatto da progettisti esterni, dalla stazione appaltante, nel caso disponga di un sistema interno di controllo della qualità; sotto il milione di euro procede il RUP.


Tra gli operatori economici cui è possibile affidare i servizi di architettura e ingegneria, con riferimento agli interventi di restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, sono stati inseriti anche gli archeologi, oltre ai soggetti, già contemplati, con qualifica di restauratore di beni culturali.

È stato, infine, sospeso, fino al 31 dicembre 2020, il divieto di appalto integrato, contenuto (con le eccezioni introdotte dal d.lgs. 56/2017) nell’articolo 59 del d.lgs. 50/2017, con clausola valutativa che prevede, entro il 30 novembre 2020 l’obbligo per il Governo di presentare al parlamento una relazione sugli effetti della sospensione.

2.7. IL VALORE STIMATO DEGLI APPALTI E ANTICIPAZIONE DEL PREZZO (ARTICOLO 35 DEL CODICE)

È stato espunto l’avverbio “contemporaneamente” in più parti dell’articolo 35, al fine di chiarire che, quando i lavori, i servizi o le forniture danno luogo ad appalti aggiudicati per lotti distinti, il valore deve essere sempre calcolato computando la totalità dei lotti e non soltanto in caso di aggiudicazione contemporanea di lotti distinti.

Altra modifica significativa riguarda il comma 18 dell’articolo 35: l’anticipazione del prezzo del 20% del valore del contratto di appalto, da corrispondere entro 15 giorni dall’effettivo inizio dei lavori, è estesa anche ai servizi e alle forniture. Nell’intenzione del legislatore, ciò dovrebbe fornire un rilevante impulso all’imprenditoria.

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 19 e 20 settembre 2019 Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri
---	---	---

2.8. I MOTIVI DI ESCLUSIONE (ARTICOLO 80 DEL CODICE) E I MEZZI DI PROVA (ARTICOLO 86 DEL CODICE)


È stata sospesa fino al 31 dicembre 2020 (coordinata con la sospensione dell’obbligo di cui all’articolo 105, comma 6, di indicare la terna dei subappaltatori in caso di appalti sopra soglia e di attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa) l’applicazione delle cause di esclusione di cui all’articolo 80, comma 1 (relativo ai reati escludenti), ai subappaltatori.

Al comma 2 dell’articolo 80 (relativo alla violazione della normativa antimafia), è stato aggiunto il periodo: *“Resta fermo altresì quanto previsto dall’articolo 34bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159”*. Ciò neutralizza l’effetto escludente di un’informazione interdittiva antimafia per tentativo di infiltrazione mafiosa quando le imprese interessate dal provvedimento, oltre ad aver impugnato il provvedimento, abbiano ottenuto dal Tribunale l’applicazione del controllo.

Il comma 3 dell’articolo 80 (che disciplina i soggetti da sottoporre a controllo ai sensi dei commi 1 e 2 e i casi in cui l’esclusione non va disposta) è stato modificato al fine di precisare che, in caso di *“altro tipo di società o consorzio”*, l’obbligo di controllo sul socio di maggioranza (precedentemente previsto in caso di soci inferiori a quattro) è esteso anche all’ipotesi di quattro soci. Sono stati, inoltre, estesi i casi in cui l’esclusione non va disposta: oltre ai casi di depenalizzazione del reato, riabilitazione, estinzione del reato o revoca della condanna, sono stati aggiunti anche i casi di condanna ad una pena accessoria perpetua, quando questa è stata dichiarata estinta.

Significative modificazioni sono state introdotte al comma 5 dell’articolo 80 (che disciplina le ulteriori ipotesi di esclusioni, oltre a quelle dei commi 1, 2 e 3). In particolare, è stata sostituita la lettera b) (relativa alle procedure concorsuali), al fine di coordinarne il contenuto con le modifiche all’articolo 110 del d.lgs. 50/2016; è stata inserita la lettera *cquater*, che prevede l’esclusione nel caso in cui l’operatore economico abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato (fattispecie invero già riconducibile alla nozione di *“grave illecito professionale”*); è stato riformulato il comma 10 ed è stato introdotto il comma 10ter, ridisciplinando la materia della durata incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione a seguito di condanne (quando non sia la sentenza a durata di detta incapacità) o gravi illeciti professionali: nel primo caso, a seconda del reato, l’incapacità può essere perpetua, di sette anni o di cinque anni (prima era o di cinque o di tre); nel secondo caso (non disciplinato nella formulazione precedente), l’esclusione ha una durata di tre anni. Il problema interpretativo in ordine alla durata della rilevanza del grave illecito professionale era già stato affrontato, in assenza di una apposita norma, dalla giurisprudenza. L’orientamento è sempre stato quello dell’assenza di limiti temporali; tuttavia, di recente, il Consiglio di Stato (6 maggio 2019, n. 2895) aveva esplicitamente individuato un termine di rilevanza pari a tre anni per i gravi illeciti professionali.

Complementari, rispetto alle modifiche apportate all’articolo 80, sono quelle apportate all’articolo 86, che disciplina, tra l’altro, le modalità di verifica dei requisiti generali di cui all’articolo 80 e dei requisiti speciali di cui all’articolo 83. Le modifiche riguardano, in particolare, l’introduzione del comma *2bis*, che predetermina (in sei mesi) la durata

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 19 e 20 settembre 2019 Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri
---	---	---

temporale della validità dei certificati e dei documenti utilizzati come mezzi di prova per la dimostrazione dei requisiti generali in capo ai soggetti di cui l’operatore economico si avvale e ai suoi subappaltatori. Inoltre qualora un certificato o un documento (ad eccezione del DURC), già acquisito, sia scaduto da non oltre 60 giorni e risulti pendente il procedimento di acquisto, le stazioni appaltanti possono provvedere alla verifica dell’assenza di motivi di esclusione con richiesta diretta agli enti certificatori di conferma del documento scaduto, con silenzio assenso in caso di inutile decorso di 30 giorni dalla richiesta.


2.9. LA COMMISSIONE GIUDICATRICE E L’ANOMALIA DELL’OFFERTA (ARTICOLI 77, 78 E 97 DEL CODICE)

Le modifiche riguardano, innanzitutto, l’albo nazionale dei commissari di gara previsto dagli articoli 77 e 78 del Codice. L’Anac, con un comunicato del Presidente del 18 luglio 2018, aveva aperto le iscrizioni, a partire dal 10 settembre 2018, all’albo nazionale dei commissari di gara, con lo scopo di renderlo obbligatorio dal 15 gennaio 2019 (termine poi prorogato, con altri comunicati, prima, in considerazione delle poche iscrizioni pervenute, al 15 gennaio 2019 e successivamente al 15 luglio 2019). Il d.l. 32/2019, a seguito delle modifiche introdotte in sede di conversione, ha sospeso fino al 31 dicembre 2020 l’obbligo di utilizzare l’albo nazionale dei commissari di gara. Allo stato, quindi, devono considerarsi ancora valide le precedenti regole sulla composizione delle commissioni giudicatrici, spettando ancora alla stazione appaltante la selezione dei commissari.

Altra modifica riguarda i metodi di calcolo della soglia di anomalia di cui all’articolo 97 del d.lgs. 50/2016. Sono state previste due diverse modalità per l’individuazione della soglia, in base al numero delle offerte ammesse (inferiore a 15 o pari e superiore a 15), superando la regola dell’estrazione a sorte tra cinque metodologie. In ogni caso, si prevede (comma 2^{ter}) la possibilità di rideterminare le modalità di calcolo con successivo decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti al fine di “non rendere nel tempo predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia.

Lo Sblocca-cantieri ha, inoltre, introdotto una nuova disciplina sull’esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia. In particolare, l’articolo 97, comma 8, del d.lgs. 50/2016 prevede che il bando debba prevedere (prima era una facoltà) l’esclusione automatica al ricorrere delle seguenti condizioni: a) il criterio deve essere quello del prezzo più basso; b) (novità) deve trattarsi di un appalto sotto soglia; c) l’appalto non deve rivestire carattere transfrontaliero¹⁴; c) in ogni caso l’esclusione automatica non può operare quando il numero delle offerte sia inferiore a 10 (in questo caso, i rilievi della Commissione che ha ritenuto che la soglia di 10 offerte non fosse sufficientemente elevata). Nei casi in cui è

¹⁴ Questa disciplina è volta a superare le criticità rilevate dalla Commissione europea nell’ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273, in cui si evidenziava come l’applicazione dell’esclusione automatica a tali appalti potesse configurare una discriminazione indiretta, danneggiando gli operatori degli altri Stati membri;

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 19 e 20 settembre 2019 Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri
---	---	---

prevista l’esclusione automatica non si applicano i commi 4, 5 e 6 dell’articolo 97 del d.lgs. 50/2016, relativi a comunicazioni e giustificazioni ulteriori rispetto alla documentazione presentata a richiesta delle stazioni appaltanti.

Resta invariato il metodo di calcolo nel caso di offerta economicamente più vantaggiosa, ma con la novità che il calcolo è effettuato solo in caso di offerte pari o superiori a tre.

2.10. IL CONTRAENTE GENERALE E LA FINANZA DI PROGETTO (ARTICOLI 183, 196, 197 E 199 DEL CODICE)

In ordine al contraente generale, lo Sblocca-cantieri ha soppresso il (mai istituito) albo nazionale obbligatorio dei soggetti che possono ricoprire i ruoli di direttore dei lavori e collaudatore nell’ambito degli affidamenti a contraente generale. È stato, inoltre, modificato il regime di qualificazione dei contraenti generali di cui agli articoli 197 e 199 del d.lgs. 50/2016: il sistema di qualificazione sarà disciplinato dal regolamento generale; la sua applicazione pratica sarà affidata non alle SOA ma al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.


Quanto alla finanza di progetto, invece, vi è stato l’allargamento del novero dei soggetti ammessi a presentare proposta per l’affidamento di concessioni di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, nell’ambito della finanza di progetto, estendendolo (oltre agli operatori economici) anche agli investitori istituzionali di cui all’articolo 32, comma 3, del decreto-legge 79/2010 (fondi immobiliari) e agli istituti nazionali di promozione, come definiti dall’articolo 2, comma 1, numero 3), del regolamento UE 2015/1017 (*“entità giuridiche che espletano attività finanziarie su base professionale, cui è stato conferito un mandato da uno Stato membro o da un’entità di uno Stato membro, a livello centrale, regionale o locale, per svolgere attività di sviluppo o di promozione”*; è il caso, in Italia, della Cassa depositi e prestiti).

2.11. LA QUALIFICAZIONE DEGLI ESECUTORI DI LAVORI PUBBLICI (ARTICOLO 84 DEL CODICE)

Alcune importanti modifiche hanno riguardato la disciplina relativa alla qualificazione degli esecutori di lavori pubblici.

Tra le altre cose, si prevede che:

- la disciplina del sistema di qualificazione (livelli standard di qualità dei controlli, casi di sospensione e annullamento delle attestazioni ecc.) sarà contenuta nel Regolamento unico;
- l’attività di attestazione è esercitata nel rispetto di principio di indipendenza di giudizio e di imparzialità;
- le SOA – a dispetto della loro natura di organismi di diritto privato – svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti della sottoposizione alla giurisdizione della Corte dei conti in tema di azione di responsabilità;
- per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro, il periodo di attività documentabile in sede di attestazione è quello relativo ai 15 anni (anziché 10)

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 19 e 20 settembre 2019 Stefania Fanizzi e Erik Rosset – Regione Valle d’Aosta Le novità del codice degli appalti alla luce del decreto sblocca cantieri
---	---	---

antecedenti alla data di sottoscrizione del contratto con la SOA per il conseguimento della qualificazione¹⁵;

- l’obbligo per i concessionari in essere di affidare l’80% dei lavori con procedure ad evidenza pubblica è differito al 31 dicembre 2020.

2.12. LA FASE DI ESECUZIONE

Numerose modifiche riguardano la fase di esecuzione. Tra queste, si segnalano:

- 1) la modifica della disciplina relativa all’effetto delle procedure concorsuali sul contratto (articolo 110 del d.lgs. 50/2016).
- 2) la reintroduzione “provvisoria” (perché destinata a decadere con l’entrata in vigore del nuovo Regolamento unico) del collegio consultivo tecnico;
- 3) la possibilità di assoggettare a riserva (e quindi ad accordo bonario, disciplinato dall’articolo 205 del d.lgs. 50/2016) anche gli aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica preventiva. Anche ciò fino al 31 dicembre 2020.

CONCLUSIONE

Il nostro excursus è partito dalla ricostruzione degli auspici sotto i quali è nato il d.lgs. 50/2016 e, passando attraverso la segnalazione delle problematiche insorte, in fase di applicazione dello stesso, si è soffermato sulle numerose modificazioni che nei, tre anni di vigenza del Codice, sono state introdotte dal legislatore nel tentativo di migliorare la disciplina dei contratti pubblici, dando stabilità alle norme. Lo Sblocca-cantieri, ultimo degli interventi di modifica, ha introdotto novità significative, molte delle quali, tuttavia, a termine. Il che ci costringe a concludere che, anche tenuto conto della necessità di superare in via definitiva le procedure di infrazione, non si è probabilmente ancora arrivati all’intervento definitivo.

D’altra parte, occorre considerare che, dopo l’approvazione delle modifiche introdotte a fine 2018 e prima della rivoluzione a metà dello Sblocca-cantieri¹⁶, il Consiglio dei Ministri, nella seduta n. 48 del 28 febbraio 2019, ha approvato un disegno di legge recante “*Delega al Governo per la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l’integrazione della normativa in materia di contratti pubblici*”; di fatto un disegno di legge delega della stessa natura della legge 28 gennaio 2016, n. 11, che solo in parte è stato anticipato dal d.l. 32/2019¹⁷. Il disegno di legge (AS 1162) non è ancora stato esaminato dalle Camere. E non è detto che con il cambio di maggioranza di governo tutto non torni in discussione.

¹⁵ Ciò, secondo quanto precisato nella relazione illustrativa al disegno di legge, risponde alla necessità di “*tenere in debito conto la crisi economica che ha determinato l’impossibilità di alcune imprese di attestare lavori negli ultimi dieci anni per gli importi previsti a legislazione vigente*”.

¹⁶ Lo strumento del decreto legge, d’altronde, non si presta ad una riforma di sistema.

¹⁷ Si veda, ad esempio, la previsione di cui all’articolo 1, comma 7, della delega, che prevede il superamento della soft law.