

Verso il recepimento delle Direttive comunitarie su appalti e concessioni

Avv. Gianni Marco Di Paolo¹

Relazione a margine del Convegno recante “*APPALTI PUBBLICI: TRA REALTÀ E NUOVE OPPORTUNITÀ: programmazione, progetto, gara, esecuzione, gestione; diversi attori per un’unica missione*” organizzato dall’Ordine degli Ingegneri di Cagliari e da altre Istituzioni, tenutosi a Cagliari in data 17.3.2016.

- a) Premessa

Desidero in primo luogo esprimere un sincero ringraziamento all’Ordine degli Ingegneri di Cagliari e a tutti i presenti per l’invito a partecipare a questo importante Convegno avente ad oggetto, tra le altre cose, le principali novità in materia di contrattualistica pubblica contenute nelle nuove Direttive europee in materia di appalti e concessioni, di recente recepite all’interno della bozza del Nuovo Codice dei contratti pubblici.

Al riguardo, è mia intenzione sviluppare alcune considerazioni derivanti dalla mia personale esperienza nel settore, nella speranza di poter offrire spunti concettuali e proposte da sottoporre al decisore pubblico, per dare un contributo fattivo a quella che si prefigura come una nuova fase nella gestione dei contratti pubblici in genere e dei lavori pubblici in particolare.

- b) Il Nuovo Codice

Come noto, il 13 febbraio u.s. è entrata in vigore la **Legge 28 gennaio 2016, n. 11**, con la quale il Legislatore nazionale ha delegato il Governo all’elaborazione di un decreto legislativo **per l’attuazione delle direttive europee** del Parlamento e del Consiglio 2014/23/UE, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, 2014/24/UE, sugli appalti pubblici e 2014/25/UE, sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali e di un decreto legislativo **per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici** relative a lavori, servizi e forniture.

Seguendo un’impostazione condivisibile e per certi versi necessitata, il Governo ha deciso di dare contemporanea attuazione alle predette deleghe², elaborando un decreto legislativo che si pone l’obiettivo, nel contempo, di assicurare il recepimento delle novità introdotte dalle nuove direttive e di dare una sistemazione organica ed armonica ad una disciplina, qual è quella dei contratti pubblici, che storicamente si caratterizza per la presenza di un numero sovrabbondante di disposizioni, dal contenuto non sempre chiaro, fonte di difficoltà

¹ Consulente OIC, nonché *Managing Partner* e Coordinatore del Dipartimento Amministrativo dello Studio Legale Associato Piselli & Partners.

² Solo il Regno Unito ha scandito il recepimento per fasi, principiando, già nel 2015, con il recepimento della Direttiva 2014/24/UE, sugli appalti pubblici.

interpretative e rallentamenti dell'attività degli operatori economici e delle amministrazioni aggiudicatrici, oltre che di frequenti contenziosi nel settore.

Tale intento semplificatorio si è tradotto nell'elaborazione di un **Nuovo Codice** – al momento in cui si scrive disponibile solo in bozza e comunque sottoposto al vaglio delle competenti Commissioni Parlamentari, del Consiglio di Stato, Sezione Consultiva degli atti normativi e della Conferenza Unificata) **dal taglio sicuramente molto più snello.**

Ne è riprova, del resto, il fatto che, a fronte dei 616 articoli che attualmente compongono il D.Lgs. n. 163/2006 ed il d.P.R. n. 207/2010 (senza contare le norme in materia di appalti contenute in altri provvedimenti), il Nuovo Codice ne preveda solamente **217**, provvedendo alla contestuale soppressione del Regolamento attuativo a favore del riconoscimento di ampi poteri di **soft law in capo all'A.N.AC.**, chiamata ad “indirizzare” l'operato degli operatori economici e delle stazioni appaltanti mediante strumenti più flessibili e di più agevole “utilizzo”, quali sono le linee guida.

- *c) Spunti di riflessione*

Tutto ciò premesso, è mia iniziale opinione che, nell'elaborazione del Nuovo Codice, il Governo abbia in qualche caso operato delle scelte che non collimano completamente con le indicazioni provenienti dal Legislatore europeo. Indicazioni il cui recepimento, nel nostro ordinamento, potrebbero arrecare indubbi benefici in termini di maggiore (e quindi ulteriore) semplificazione delle procedure di affidamento.

Mi riferisco, segnatamente, ai seguenti istituti:

c.1) Soccorso istruttorio

Come in molti sapranno, l'art. 83, co. 9 del Nuovo Codice mantiene l'istituto, introdotto dall'art. 39 del D.L. n. 90/2014, del c.d. “**soccorso istruttorio a pagamento**” previsto dall'art. 38, co. 2-*bis* Codice, abbassando la soglia massima di applicazione della sanzione pecuniaria dagli attuali 50.000 euro a 5.000.

Sebbene la suddetta riduzione rappresenti una misura meritevole di lode, soprattutto perché particolarmente attenta alle esigenze di partecipazione delle piccole e medie imprese – non sempre in grado di sostenere gli ingenti oneri economici derivanti dall'applicazione della citata sanzione pecuniaria - ritengo che il Legislatore nazionale, cogliendo gli spunti previsti dalle Direttive europee e, per certi versi, fatti propri nella stessa Legge delega, avrebbe dovuto consentire alle stazioni appaltanti di ricorrere al soccorso istruttorio, abolendo qualsivoglia riferimento alla sanzione pecuniaria.

In tal senso, basti evidenziare che:

- l'art. 56, par. 3 della Direttiva 2014/24/UE³ ammette la possibilità, per le stazioni appaltanti, di invitare gli operatori a sanare le eventuali carenze della documentazione

³ Art. 56, par. 3 Direttiva 2014/24/UE: “*Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza*”.

presentata in sede di offerta, **senza nulla specificare in ordine alla natura onerosa o meno di tale integrazione;**

- la L. n. 11/2016, nell'individuare i principi e i criteri direttivi del decreto legislativo per il recepimento delle direttive, colloca al primo posto un divieto (quello di *gold plating*) **vietando l'introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive** (art. 1, co. 1, lett. a);

- sempre la Legge delega, all'art. 1, co. 1, lett. z), individua, tra i criteri direttivi, la riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, attribuendo a questi ultimi la "*piena possibilità di integrazione documentale **non onerosa** di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga ad elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta*".

Mi sembra evidente che il combinato disposto delle suddette disposizioni avrebbe ragionevolmente dovuto condurre ad una rivisitazione del soccorso istruttorio, come da ultimo modificato dal D.L. n. 90/2014, portando all'eliminazione del riferimento alla sanzione pecuniaria.

Ciò, anche al fine di superare le problematiche interpretative ed applicative riscontrate in ordine all'applicazione di tale istituto, che hanno già reso necessario – a poco più di un anno e mezzo dall'entrata in vigore della norma - un intervento chiarificatore dell'A.N.AC. ed una pluralità di pronunce giurisprudenziali in materia.

c.2) Subappalto

In materia di subappalto, mi permetto di svolgere alcune brevi considerazioni in merito a due aspetti:

- i. l'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori;
- ii. il pagamento diretto dei subappaltatori.

i. Indicazione della terna dei subappaltatori

Quanto al primo profilo, l'art. 105, co. 6 del Nuovo Codice prescrive l'obbligo, a carico degli operatori concorrenti, di indicare, già in sede di offerta, una terna di subappaltatori in tutti gli appalti di lavori, servizi o forniture di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione.

Come noto, la previsione in esame altro non è che la trasposizione normativa del criterio direttivo di cui all'art. 1, co. 1, lett. rrr) della L. n. 11/2016, che demanda appunto al Nuovo Codice "*l'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*".

Essa, almeno nella previsione della triplice indicazione per ogni tipologia di attività proposta, non sembra trovare rispondenza nel corpo del testo delle Direttive

Ne deriva, a prima vista, se non una violazione del divieto di *gold plating*, quanto meno una complicazione procedimentale probabilmente evitabile.

Sotto diverso profilo, non posso esimermi dal rilevare che, indipendentemente dalla rispondenza o meno con le previsioni delle direttive europee, la disposizione in commento sia destinata a dare adito a numerosi problemi applicativi ed interpretativi. Solo per citarne alcuni:

- si determina un **appesantimento degli adempimenti** a carico delle stazioni appaltanti e dei concorrenti, ponendo in capo a questi ultimi l'obbligo di dimostrare l'assenza di motivi di esclusione in capo a tutti i subappaltatori indicati e di sostituire i subappaltatori rispetto ai quali sia accertata la sussistenza di un motivo di esclusione, con conseguente incremento degli adempimenti in sede di gara anche a carico delle amministrazioni aggiudicatrici;
- nel rendere obbligatoria la qualificazione delle imprese subappaltatrici già in fase di gara (questo almeno nelle ipotesi in cui "*è obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori*"), la norma rischia di ingenerare **una commistione tra avvalimento e subappalto**, nella misura in cui attrae il rapporto con l'impresa subappaltatrice nella fase della gara, anziché in quella dell'esecuzione dell'appalto, con ciò assimilando due istituti che presentano presupposti, finalità e regolazioni diverse, ma senza creare il medesimo vincolo dell'avvalimento e senza assicurare, quindi, alla stazione appaltante le stesse garanzie contrattuali da esso offerte;
- come dimostrato dalla pregressa esperienza con la Legge Merloni (che sanciva l'obbligo di indicazione già nella fase dell'offerta, di una rosa di imprese subappaltatrici – fino a 6 - entro le quali avrebbe poi dovuto essere scelta quella affidataria delle lavorazioni subappaltate), **molte imprese subappaltatrici avrebbero difficoltà ad impegnarsi anticipatamente per periodi anche molto lunghi** e, nell'ambito della singola gara, **nei confronti del concorrente**;
- non appare chiaro quali conseguenze possano derivare dalla scelta, in fase esecutiva, di un subappaltatore diverso da quello indicato in sede di offerta.

ii. Il pagamento diretto dei subappaltatori

Quanto al profilo sub ii), l'art. 105, co. 13 del Nuovo Codice sancisce l'obbligo delle stazioni appaltanti di corrispondere direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite:

1. quando il subappaltatore o il cottimista è una **microimpresa o piccola impresa**;
2. **in caso inadempimento da parte dell'appaltatore** o anche su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

La disposizione in esame appare evidentemente finalizzata a garantire la posizione delle PMI coinvolte nell'esecuzione dei contratti pubblici, in linea con il *favor* espresso a più riprese dal Legislatore comunitario per tale categoria di imprese, che rappresentano la quasi totalità (circa il 98%) delle aziende europee.

A dispetto delle meritevoli finalità della disposizione, occorre tuttavia rilevare come la stessa possa dare adito ad una serie di **problematiche operative**, essenzialmente riconducibili al mancato recepimento del disposto di cui all'art. 71, par. 3 della Direttiva 2014/24/UE, che prevede la possibilità accompagnare il pagamento diretto del subappaltatore con "*idonei meccanismi che consentano al contraente principale di opporsi a pagamenti indebiti*".

La previsione di un obbligo generalizzato di pagamento del subappaltatore qualora lo stesso sia una piccola o media impresa ovvero in costanza di un inadempimento (non meglio specificato) dell'appaltatore, senza l'introduzione di idonei meccanismi di opposizione da parte di quest'ultimo, potrebbe infatti avere ricadute negative sul contraente principale, qualora lo stesso, ad es., avesse stipulato con i propri creditori (ivi incluso il subappaltatore) un **accordo di ristrutturazione del debito**.

Appare infatti di tutta evidenza come un eventuale pagamento diretto del subappaltatore, in tali circostanze, finirebbe per violare, di fatto, la *par condicio creditorum*, superando i negoziati intercorsi tra l'appaltatore e i suoi creditori.

c.3) Servizi di ingegneria e architettura

Diversamente dal D.Lgs. n. 163/2006, che dedicava tutta la Parte II, Titolo IV, alla disciplina relativa all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura ed agli altri servizi tecnici, lo schema di Nuovo Codice non riserva a tali servizi alcuna disciplina specifica, frastagliandone la relativa regolamentazione nell'ambito di una pluralità di articoli disseminati in modo apparentemente disorganico.

Tale lacuna, a mio avviso, si pone in contrasto con diversi principi direttivi contenuti nella Legge delega, nonché con i principi ispiratori del Nuovo Codice che – come spesso affermato – dovrebbe essere inteso ad assicurare la “centralità del progetto”.

In tal senso, basti osservare – a titolo esemplificativo - che lo schema di Decreto delegato:

- non prevede l'obbligo, a carico delle stazioni appaltanti, di applicare, ai fini del calcolo dell'importo del corrispettivo da porre a base di gara (non superiore a quello derivante dall'applicazione delle tariffe professionali previgenti), il **D.M. n. 143/2013** (c.d. Decreto parametri), in linea con quanto previsto dall'A.N.AC. con Determinazione n. 4 del 2015. Tale omissione rischia di vanificare gli obiettivi – perseguiti anche dal Legislatore comunitario – di fronteggiare il fenomeno dei ribassi selvaggi, privilegiando la qualità delle offerte, nella misura in cui, non vincolando le stazioni appaltanti all'osservanza di parametri chiari e certi, lascia le stesse libere di sottostimare gli importi a base di gara;
- anziché valorizzare l'istituto del concorso di progettazione – come previsto dalla Legge delega (art. 1, co. 1, lett. oo), recupera in maniera pressoché pedissequa le disposizioni del D.Lgs. n. 163/2006, senza introdurre elementi migliorativi e relegando l'istituto ad un ruolo periferico;
- **conferma che i progettisti interni alla P.A. potranno continuare ad essere sprovvisti dell'iscrizione ad un Ordine, richiedendosi la sola abilitazione** ai fini dello svolgimento di attività di progettazione di fattibilità tecnica ed economica, definitiva ed esecutiva di lavori, di direzione dei lavori e degli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del RUP e del dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici;
- include i servizi di progettazione tra quelli per i quali vige l'obbligo di presentazione della garanzia per la partecipazione alla gara, rendendo maggiormente gravosa la partecipazione per i professionisti, già chiamati a sottoscrivere un'apposita polizza;

- omette di dare attuazione al criterio direttivo di cui all'art. 1, co. 1, lett. oo), che prevede una rigorosa limitazione dell'appalto integrato per le opere e i lavori di elevato contenuto innovativo o tecnologico.

c.4) La tutela giurisdizionale

In un'ottica intesa ad assicurare una presunta "razionalizzazione" del processo amministrativo – che si caratterizza di per sé per essere già uno dei giudizi più brevi (si pensi che allo stato è possibile concludere entrambi i gradi di giudizio nell'ambito di uno anno/anno e mezzo dall'attivazione del giudizio di primo grado) – **l'art. 205** del Nuovo Codice prevede che **i vizi relativi alla composizione della commissione di gara, all'ammissione e all'esclusione dalla gara** per carenza dei requisiti soggettivi, economico-finanziaria e tecnico-professionali sono considerati immediatamente lesivi e **sono ricorribili dinanzi al giudice amministrativo, entro il termine di 30 giorni** decorrenti dalla pubblicazione, rispettivamente, della composizione della commissione, dell'elenco degli esclusi e degli ammessi sul profilo del committente della stazione appaltante. L'omessa impugnazione dei predetti provvedimenti entro il citato termine **preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti della procedura di gara**, anche con ricorso incidentale.

Tali giudizi sono definiti in camera di consiglio e dovranno concludersi con la pronuncia, da parte del giudice, di una sentenza in forma semplificata.

Senza voler entrare eccessivamente nel merito degli aspetti procedurali, la disposizione in esame, andando ben al di là del mero recepimento delle direttive europee (che nulla prevedono in materia di tutela giurisdizionale), introduce uno speciale rito camerale da attivarsi, prima dell'aggiudicazione conclusiva della procedura, nella fase di verifica dei requisiti di partecipazione.

Orbene, è mia opinione che tale istituto – anziché semplificare e razionalizzare la disciplina del processo amministrativo in materia di appalti – finisca di fatto per determinare un **significativo aumento del contenzioso in materia**.

Precludendo ai concorrenti la possibilità di contestare, in un momento successivo, l'ammissione alla gara di altri operatori, i singoli partecipanti alle procedure di gara si troveranno nella condizione di dover impugnare, in via cautelativa, l'ammissione degli altri concorrenti, senza sapere nei confronti di chi cadrà l'aggiudicazione definitiva. Tale meccanismo – come già da molti rilevato – rischia di generare *“una guerra di tutti contro tutti”*, frustrando di fatto le esigenze semplificatorie cui sottende la previsione di un rito camerale e di una sentenza in forma semplificata.

Quanto sopra, senza peraltro considerare i possibili profili di incompatibilità della suddetta disciplina con la Costituzione, in termini di violazione e *vulnus* al diritto di difesa (art. 24 Cost.).

Sembra, dunque, necessaria, anche in tal caso una rimediazione di tali disposizioni.

Avv. Gianni Marco Di Paolo

