

BRUGNOLETTI & ASSOCIATI

AVV. MASSIMILIANO BRUGNOLETTI
AVV. PAOLA REA

AVV. MARTINA ALÒ
AVV. PAOLO CAVALLO
AVV. RAFFAELE MARTINO
AVV. GIOVANNA MEVOLI
AVV. FRANCESCA SCIUTO
AVV. GIOVANNI TAVERNISE
AVV. SANTI DARIO TOMASELLI
DOTT. ANDREA FORTUNATI
DOTT. MICHEL LEMME
DOTT.SSA MARTINA SOLINAS
DOTT.SSA MATILDE STRADA

00197 ROMA
VIA ANTONIO BERTOLONI, 26B
TEL. (+39) 06.8072990
FAX (+39) 06.8072427

20122 MILANO
PIAZZETTA GIORDANO, 4
TEL. (+39) 02.76015741
FAX (+39) 02.76023959

DOTT.SSA ROSSELLA GIUSA - ADVISOR GARE PUBBLICHE

SITO WEB - www.brugnolettieassociati.com
PEC massimilianobrugnoletti@ordineavvocatiroma.org

Mercoledì 17 luglio 2019, Conferenza delle Regioni e delle Province autonome –
Via Parigi n. 11

APPALTI PUBBLICI:

LE NOVITA' DEL DECRETO “SBLOCCA CANTIERI”

Relazione: Abrogazione del c.d. rito super accelerato, collegio consultivo tecnico e novità sui motivi di esclusione

Relatore Massimiliano Brugnoletti

1. Introduzione

Con legge 14 giugno 2019 n. 55 il Parlamento ha convertito il decreto legge n. 32 del 18 aprile 2019 “c.d. Sblocca Cantieri”; lo scopo “dichiarato” dell’intervento governativo è stato quello di rimettere in moto l’economia e rilanciare il settore dei contratti pubblici.

Tuttavia, in linea con il decadimento della tecnica legislativa degli ultimi anni, c’è maggiore enfasi nel nome attribuito al decreto rispetto al contenuto dello stesso, che “di fatto” ha avuto il solo effetto di “azzerare” le novità “nazionali” o inter-

ne (non quelle dettate dal recepimento delle direttive europee, che, come si dirà, sono sostanzialmente impermeabili agli ordinamenti nazionali) introdotte nel codice del 2016.

La legge è anzitutto intervenuta **sospendendo alcune prescrizioni del codice** fino a dicembre 2010, per verificare, con una finalità dichiaratamente sperimentale, se tale “vuoto” di regole possa dare slancio agli investimenti e alle procedure di gara.

Si deve sin da subito rilevare che la sospensione di alcune norme, e addirittura la sbandierata volontà di sospendere tutto il codice, si scontra con la realtà del quadro giuridico europeo: in tema di “concorrenza”, quindi in tutto il complesso di norme dettate sugli acquisti della P.A., v’è preminenza del diritto europeo, ordinamento sovraordinato. In caso di assenza (o di sospensione) di norme nazionali vige dunque il diritto europeo con le sue direttive del 2014; come v’è assoluta preminenza delle pronunce della Corte di Giustizia europea su quelle dei tribunali nazionali¹.

Il decreto “sblocca cantieri”, con le sospensioni di alcune norme e con la modifica di altre, si manifesta in realtà come una sorta di **correttivo** al codice. Esso è stato varato anche per rispondere alla **procedura di infrazione** che la Commissione europea aveva notificato all’Italia alla fine dello scorso mese di gennaio, con cui erano stati concessi all’Italia due mesi di tempo per fornire risposte efficaci circa la mancata conformità del quadro giuridico italiano alle direttive del 2014 in materia di contratti pubblici (l’attenzione precipua della Commissione era sul due istituti in particolare: l’avalimento ed il subappalto).

Venendo al merito del contenuto del decreto, debbo rilevare come lo “sblocca cantieri” si collochi in realtà all’interno di una categoria normativa che definirei “a pendolo”: il Codice del 2016, oltre a recepire (quasi interamente) le direttive

¹ Un esempio si ha sul discusso tema del “subappalto”. Il legislatore, nella legge di conversione del decreto “sblocca cantieri” ha elevato dal 30% al 40% la quota subappaltabile; tuttavia pende presso la Corte di Giustizia tutta la questione del subappalto, così come regolato in Italia (la Corte è stata evocata sia dal TAR Lombardia, con ordinanza n. 148 del 19 gennaio 2018 sia dal Consiglio di Stato, con ordinanza n. 3553 dell’11 giugno 2018): se la Corte si pronuncerà nel senso che il subappalto deve essere “libero”, perché così è in Europa, non vi saranno quote nazionali che tengano; il primo concorrente che impugnerà la prescrizione che fissasse un tetto al subappalto troverebbe riscontro positivo dal giudice amministrativo, che dovrebbe “disapplicare” la norma nazionale poiché in contrasto con l’ordinamento europeo.

europee del 2014² aveva introdotto molte indicazioni prospettiche e prescrizioni di dettaglio che volevano essere la “chiave di lettura” dei nuovi acquisti pubblici. Ebbene, alcune novità del codice del 2016, comunque la maggior parte di quelle più significative, sono state “smontate” dal decreto “sblocca cantieri”.

Alcuni esempi:

- Linee guida ANAC → Il legislatore del 2016, al fine di fornire agli operatori uno strumento “flessibile” (ritenendo la “flessibilità regolamentare” un beneficio per accelerare le procedure), aveva deciso di superare lo schema codice/regolamento, sostituendo quest’ultimo con un sistema più anglosassone, quello del *soft law* attraverso le linee guida ANAC; queste dovevano avere il pregio di essere emanate dopo “consultazione” con il mercato e di essere modificate agilmente nel tempo, in ragione delle necessità concrete che la realtà avesse sollecitato. Lo “sblocca cantieri” ha completamente abrogato questo modello per ritornare al “rigido” regolamento, che dovrà essere emanato (ottimisticamente) entro metà ottobre³.

- I commissari selezionati da ANAC e scelti per sorteggio dalla stazione appaltante → Sospeso sino al 31 dicembre 2020 anche l’art. 77, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, ossia l’obbligo di scegliere i commissari di gara tra gli esperti iscritti all’albo istituito presso l’ANAC, altra novità “sensibile” del legislatore del 2016, pensata per assicurare più trasparenza e professionalità nella fase di valutazione delle offerte. Ribadita dunque la discrezionalità della Stazione appaltante nella

² Si deve rilevare che, a differenza dei precedenti interventi europei sugli appalti pubblici, caratterizzati da una sempre più definita ed efficace normativa in perfetta coerenza con la legislazione precedente, le direttive del 2014 hanno rappresentato una vera svolta, da molti definita “rivoluzionaria”: con esse è stato dato alla P.A. il primario obiettivo di procedere agli acquisti tenendo anche conto (oltre al prezzo ed alla qualità) dei grandi principi posti nel manifesto “Europa 2020”, ambiente, sociale, lavoro, innovazione e PMI (come già preannunciato nel “libro verde sugli appalti” diffuso dalla Commissione europea nel gennaio del 2011); oltre al fatto di aver allargato il perimetro del processo di acquisto, dalla programmazione (e verifica dei fabbisogni) alla gestione del contratto; e per aver infine “sdoganato” il colloquio necessario tra Stazione appaltante e mercato (consultazioni preliminari di mercato).

³ Fermo restando che le Linee Guida Anac già adottate rimangono un punto di riferimento per Stazioni appaltanti e concorrenti sino a quando non sarà varato il regolamento unico di esecuzione.

scelta dei commissari, sempre nel rispetto del principio di trasparenza e delle regole precedentemente vigenti⁴.

- Centralizzazione delle gare → Il processo di concentrazione degli acquisti, che ha avuto l'apice ("ideologico") nel 2014⁵ ed è stato ribadito nel d.lgs. n. 50/2016, è stato sospeso "a tempo" dalla legge di conversione del decreto "sblocca cantieri": L'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, permette ora ai comuni non capoluogo di provincia, che dal 2014 dovevano espletare le gare utilizzando Centrali di Committenza o Unioni di comuni, di bandire ed espletare gare fino al 31 dicembre 2020.

- Terna dei subappaltatori → Norma criticata da più parti, che il legislatore del 2016 aveva tuttavia posto a presidio per impedire fenomeni di infiltrazione mafiosa, è stata sospesa con lo sblocca cantieri, sebbene la legge di conversione abbia deciso di rimandare, per una decisione definitiva, al 2021. L'obbligo dell'indicazione della "terna" non è dunque definitivamente abrogato, ma "sospeso" in via sperimentale fino al 31 dicembre 2020.

- Eliminazione del rito "super accelerato" ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a. → La legge di conversione ha confermato l'eliminazione del rito introdotto dal d.lgs. n. 50/2016 per decongestionare il contenzioso: detta norma onerava di impugnare immediatamente i provvedimenti di ammissione degli altri concorrenti, pena l'impossibilità di far valere questo diritto in sede di aggiudicazione. Si ritorna al tradizionale regime, secondo il quale l'ammissione potrà essere impugnata unitamente all'aggiudicazione finale.

- Collegio Consultivo Tecnico → A distanza di circa due anni dalla sua abrogazione, la legge di conversione del decreto "sblocca cantieri" ha reintrodotta il

⁴ Si deve sinceramente rilevare come l'Albo unico ANAC fosse "fallito" sin dai primi mesi per le pochissime iscrizioni raccolte, causa la farraginosità del meccanismo e la non chiarezza dei compensi.

⁵ In concomitanza del decreto legge n. 66/2014 si voleva ridurre il numero delle Stazioni appaltanti dalle circa 35.000 (in realtà molte di più: nemmeno ANAC è riuscita in questi anni a fare un censimento; ma c'è chi dice siano 80,000, altri che superano le centomila se si calcolano i diversi centri di acquisto dei singoli enti).

Collegio Consultivo Tecnico, originariamente previsto dall'art. 207 del d.lgs. 50/2016, poi abrogato, dopo appena un anno, dal “correttivo”⁶.

Altra peculiarità rispetto al passato è che non basterà avere in mano il “codice degli appalti” per avere la cognizione completa di tutta la normativa sugli appalti⁷. Per la prima volta importanti prescrizioni normative (come ad esempio le sospensioni di alcune norme e la disciplina del Collegio Consultivo Tecnico), sono dettate direttamente nella legge di conversione del decreto senza esservi traccia nel codice.

2. Collegio Consultivo Tecnico

Come detto, a distanza di circa due anni dalla sua abrogazione operata dal “correttivo” al codice del 2017, la legge di conversione del decreto sblocca cantieri ha reintrodotta il Collegio Consultivo Tecnico, originariamente previsto dall'art. 207 del d.lgs. 50/2016.

Si tratta di una reintroduzione “provvisoria”, in quanto la legge n. 55/2019 prevede la possibilità di costituire detti Collegi fino alla data di entrata in vigore del previsto (nuovo).

Quanto alla disciplina, essa è dettata dai commi 11, 12, 13 e 14 della legge di conversione del decreto.

L'art. 1, comma 11, della legge n. 55/2019, riproducendo quasi testualmente i primi commi dell'art. 207 del d.lgs. 50/2016, prevede che *“al fine di prevenire le controversie relative all'esecuzione del contratto le parti possono convenire che prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre 90 gg. da tale data, sia costituito un collegio consultivo tecnico con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie di ogni natura suscettibili di insorgere durante l'esecuzione del contratto stesso”*.

La funzione del Collegio è quella di prestare la dovuta assistenza alle parti per la rapida risoluzione delle controversie insorte nel corso dell'esecuzione del contratto. Difatti, in ragione di quanto disposto dal comma 13 di detto art. 1, nel ca-

⁶ Art. 121 d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56.

⁷ Sino ad ora ogni correttivo al codice, ed ogni nuova disposizione legislativa volta ad integrare e/o modificare il codice dei contratti pubblici, modificava direttamente il testo del codice.

so in cui insorgano controversie, al Collegio Consultivo Tecnico spetterà il compito di procedere all'ascolto informale delle parti con facoltà di convocarle al fine di consentire l'esposizione in contraddittorio delle rispettive ragioni. Tale collegio, inoltre, si considera sciolto al termine dell'esecuzione del contratto o in data anteriore su accordo delle parti.

Il Collegio Consultivo Tecnico è formato da tre componenti dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'“opera”⁸, ed ha il pregio di essere uno strumento di consultazione che media le posizioni di privati e Pubblica Amministrazione.

Il correttivo al codice aveva abrogato l'istituto sia per il ridotto utilizzo dello stesso, sia per effetto dei dubbi manifestati dal Consiglio di Stato nel parere 855/16, che esprimeva perplessità sul contenuto del componimento proposto dal collegio, che appariva un arbitrato libero ed una sovrapposizione all'accordo bonario.

Anche in merito alla natura dell'accordo eventualmente raggiunto con l'ausilio del Collegio, la nuova normativa si discosta da quanto previsto dall'art. 207 del d.lgs. 50/2016, precisando che l'eventuale accettazione della proposta formulata dal Collegio non ha natura di transazione, salva diversa volontà delle parti.

Tale precisazione appare dettata dalla necessità di differenziare tale strumento compositivo non solo dall'Accordo Bonario, ma anche dalla Transazione di cui all'art. 208 del d.lgs. 50/2016, che subordina le transazioni sia alle reciproche concessioni delle parti⁹, sia al preventivo parere dell'Avvocatura o del professionista legale incaricato, non necessario in caso di intervento del Collegio.

Per la nomina dei componenti non sono previste particolari garanzie di terzietà; la loro scelta viene infatti effettuata di comune accordo dalle parti.

⁸ Il riferimento testuale all'“opera” ha fatto ritenere a qualche commentatore che detto Collegio abbia competenza limitata agli appalti di opere e non anche a quelli per servizi e forniture; ma ritengo che tale indicazione, poiché indiretta, non possa essere utile ad escludere tale strumento “anti-conflittuale” per la quota di appalti più voluminosa, in termini di quantità, degli appalti di lavori.

⁹ Che in questo caso potrebbero essere anche assenti, prevedendo solo una concessione unilaterale.

La legge di conversione non ha previsto il compenso spettante ai componenti del Collegio, né chi ne debba fare carico; circostanza che, credo, creerà un qualche legittimo imbarazzo soprattutto da parte Pubblica.

Il Collegio Consultivo Tecnico, che a mio avviso potrebbe avere un grande ruolo per “aiutare” la corretta e veloce esecuzione dei contratti pubblici, si innesta in verità in un concetto di “dialogo” e consultazioni” che è, come detto, uno dei capisaldi della riforma degli appalti pubblici del 2014-2016¹⁰.

Tale Collegio potrebbe essere ad esempio decisivo per risolvere i problemi che si stanno affacciando negli ultimi anni nell’esecuzione dei contratti, anche in dipendenza della nuova frontiera dell’illecito professionale¹¹, come la risoluzioni di controversie che potrebbero portare all’applicazione di penali o, addirittura, alla risoluzione contrattuale.

3. Motivi di esclusione ex art. 80

La nuova normativa prevede diverse modifiche all’art. 80 del d.lgs. n. 50/206 ed alle altre disposizioni strettamente legate ai motivi di esclusione:

1) Con norma prevista nella legge di conversione del decreto¹², è sospeso fino al 31 dicembre 2020 l’obbligo di verificare i requisiti generali in capo ai subappaltatori (in dipendenza della sospensione, sino a quella data, dell’indicazione della “terna” dei subappaltatori).

2) La legge di conversione ha eliminato la modifica che il decreto varato dal Governo aveva apportato alle cause di esclusione previste al comma 4 dell’art. 80: secondo il testo contenuto nel decreto “sblocca cantieri” era possibile escludere un operatore economico che non avesse ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali anche se “non definitivamente accertati”. Con la legge di conversione si torna dunque al regime previgente, che consente l’esclusione solo per inadempimenti relativi a imposte e tasse “definitivamente accertati”.

¹⁰ Con le direttive europee n. 23/2014, 24/2014 e 25/2014 ed il correlato codice degli appalti varato con d.lgs. n. 50/2016.

¹¹ Art. 80, comma 5 lett. c), d.lgs. n. 50/2016.

¹² Art. 1, comma 18, legge n. 55/2019.

3) Prevista¹³ un'autonoma ipotesi di illecito professionale, rappresentata da inadempimenti dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore.

5) Ridefinizione del “tempo” di vigenza dell'impossibilità a contrattare con la P.A. in dipendenza di pene accessorie: a) perpetua, nei casi in cui alla condanna consegue di diritto la pena accessoria perpetua, ai sensi dell'articolo 317-bis, primo periodo, del codice penale, salvo che la pena sia dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale; b) sette anni nei casi previsti dall'articolo 317-bis, secondo periodo, del codice penale, salvo che sia intervenuta riabilitazione; c) cinque anni nei casi diversi da quelli di cui alle lettere a) e b), salvo che sia intervenuta riabilitazione¹⁴.

Nei casi di cui al comma 5 dell'art. 80, la durata dell'esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione, ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza¹⁵.

4. Abrogazione del rito super accelerato dell'art. 120, comma 2 bis, del c.p.a.

Tra le novità di maggiore impatto della nuova normativa può sicuramente annoverarsi la **soppressione del cd. “rito super accelerato”**, introdotto dall'art. 204 del d.lgs. n. 50/2016. Tale norma aveva profondamente innovato la materia del contenzioso amministrativo, introducendo, con finalità deflattive, un rito processuale circoscritto alla sola fase di ammissione ed esclusione dei concorrenti, assistito da peculiari e stringenti oneri e termini di impugnazione, istruttoria e definizione della controversia insorta in tale ambito.

¹³ Con l'introduzione nel codice della lettera c-quater) al comma 5 dell'art. 80.

¹⁴ Nuovo art. 80, comma 10 e comma 10 bis, d.lgs. n. 50/2016.

¹⁵ La durata dell'esclusione dovrebbe essere tre anni da quando il fatto è commesso, mentre con la nuova, imprecisa, formulazione sembra che la durata inizi a decorrere dalla prima esclusione ad una gara successiva, che però può intervenire anche diversi anni dopo l'illecito, allungando illegittimamente il termine dell'esclusione dalle gare pubbliche: una corretta interpretazione dovrebbe essere che i tre anni decorrano dalla commissione del fatto (esempio risoluzione contrattuale) e non già da una successiva esclusione.

Lo scopo era quello di cristallizzare la platea dei concorrenti dopo la fase di ammissione (non più “toccabile” decorsi 30 giorni dalla relativa pubblicazione) ed abbattere il numero di ricorsi.

L’istituto, prima della soppressione, era già stato depotenziato dall’ampliamento del soccorso istruttorio, che aveva da sé ridotto i contenziosi, limitando i casi di impugnazione immediata dell’ammissione del concorrente ai soli casi di mancanza di requisiti e poche altre ipotesi.

L’istituto è stato abrogato per vibranti proteste di tutte le categorie.

Si ritorna dunque al tradizionale regime, secondo il quale l’ammissione può essere impugnata unitamente all’aggiudicazione finale, con la possibilità di attendere la stessa prima di verificare la legittimità delle ammissioni degli altri concorrenti.

Si deve tuttavia sottolineare che la Corte di Giustizia Europea, con ordinanza resa nella causa C-54/18 in data 14 febbraio 2019, a fronte dei quesiti posti dal TAR Piemonte (con l’ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 88/2018), proprio in tema di compatibilità del rito “super speciale” in esame rispetto ai principi e ai precetti del diritto dell’Unione Europea, ha riconosciuto la compatibilità di tale rito con il diritto euro-unitario, ma solo nel caso in cui i concorrenti abbiano effettiva conoscenza del provvedimento lesivo e tale provvedimento contenga i motivi su cui si fonda, in modo da garantire agli interessati la piena contezza di una eventuale violazione della legge nazionale o europea. Tale conclusione è ancor più importante visto che, alla scadenza dei 30 giorni per impugnare l’ammissione del concorrente, non sarà più possibile sindacarla in un giudizio avverso successivi atti del procedimento (es: aggiudicazione). Le Stazioni appaltanti sono dunque richiamate ad una rigorosa attenzione nel comunicare i provvedimenti successivi alla fase di ammissione delle offerte.