

L'insostenibile leggerezza del codice appalti. Un ossimoro tra realtà e fantasia.

A cura di Michela Deiana Dottore di ricerca in diritto amministrativo-Funziario P.A.

Il codice appalti, d.lgs 50/2016, è un po' come colui che armato di buoni propositi vorrebbe mettersi a dieta ma, in perenne conflitto con se stesso, non riesce mai ad iniziarla.

Il decreto correttivo, emanato in attuazione del comma 8 dell'art.1 della legge delega 11/2016, di imminente pubblicazione sulla GURI, è il frutto di un iter tormentato che ha visto coinvolti il Consiglio di Stato, l'ANAC, e, attraverso la Cabina di regia, i RUP, Regioni e Comuni, associazioni di categoria ed ulteriori stakeholder.

Il provvedimento di cui trattasi apre una molteplicità di problematiche, che per ragioni di sistematicità e di spazio non possono essere esaustivamente analizzate nel presente contributo.

Per meglio comprendere la portata del decreto, dunque, sono state individuate tre distinte chiavi di lettura: semplificazione; coordinamento sistematico; modifiche al testo su rilevanti istituti che hanno dimostrato criticità applicative.

Un primo intervento di rilievo attiene alle procedure ultrasottosoglia per le quali la semplificazione passa attraverso l'individuazione del contenuto ridotto della determina, l'affidamento diretto, l'alleggerimento in materia di controlli e l'introduzione della facoltà di non richiedere la cauzione provvisoria e definitiva. Si conferma, inoltre, l'utilizzo del criterio di aggiudicazione secondo il prezzo più basso sempre prevalente, per tale tipologia di affidamenti, secondo quanto riportato alla lett. a ) comma 3 dell'art. 95 del codice.

Secondo la nuova formulazione della lett. a), Il comma dell'art 36 del codice, entro la soglia dei € 40.000,00, l'affidamento è diretto in senso letterale, *anche senza previa consultazione di due o più operatori economici.*

Dopo lunghi dibattiti dottrinali e numerose pronunzie della giurisprudenza amministrativa e contabile, si era ormai affermata la prassi secondo cui

anche nell'ultrasottosoglia fosse necessario procedere previa richiesta di due o tre preventivi.

La precisazione contenuta nel correttivo si è resa, dunque, d'obbligo proprio per scongiurare ulteriori incertezze applicative.

Ad un'esigenza di effettività di tutela e coordinamento sistematico risponde, invece, la modifica dell'art 29 del codice che stabilisce che contestualmente alla pubblicazione, sul profilo del committente, dell'elenco degli ammessi e degli esclusi, sia comunicato, secondo le modalità previste all'art. 5bis del d.lsg 82/2005, lo stesso provvedimento. Si chiarisce, in modo in equivoco, che il termine per l'impugnativa decorre dal momento in cui il provvedimento è reso disponibile, corredato di motivazione.

Tra i diversi obblighi di pubblicazione quello che attribuisce certezza legale è, quindi, la pubblicazione sul profilo del committente e, pertanto, gli atti dovranno indicare, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente.

Una tematica di grande rilievo sulla quale il correttivo interviene, innovando, attiene alla sostenibilità degli appalti. In tempi in cui appare riduttivo parlare di acquisti verdi il legislatore, infatti, disciplina i diversi profili in cui si articola la sostenibilità: ambientale, sociale e relativo alla tutela del lavoro.

Alla tematica ambientale in senso stretto è da ricondurre la previsione contenuta nell'art. 34 del codice che prevede l'applicazione generalizzata dei Criteri Ambientali Minimi CAM, previsti nei Piani d'Azione, non più limitata ad una percentuale del valore sulla base d'asta.

Sotto il profilo sociale, avrà un rilevante impatto la disposizione contenuta nell'art 50 del codice che, al fine di tutelare il diritto alla stabilità occupazionale degli operatori che eseguono appalti di lavori e di servizi "ad alta intensità di manodopera", introduce l'obbligo di inserire nella *lex specialis* la cd. "clausola sociale. Tale previsione va ad aggiungersi alle disposizioni relative all'applicazione dei contratti collettivi, stipulati tra i sindacati e le associazioni di categoria, comparativamente più rappresentative, al fine di scongiurare il cd dumping sociale.

Alla tutela del lavoro risponde, altresì, il comma 10 dell'art. 95 del codice che prevede l'obbligo per l'operatore economico di indicare nell'offerta i costi relativi alla manodopera.

Attraverso il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è inoltre possibile inserire criteri ispirati a esigenze sociali, di tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico. Il comma 10 bis dell'art.95 del codice, introdotto dal correttivo, al fine di garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici, stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento.

Alla tutela della concorrenza e al *favor participationis* risponde, invece, la previsione del comma 7 dell'art 93 del codice, modificato sul punto dal correttivo, che estende l'applicazione della cauzione ridotta nei confronti delle microimprese, piccole e medie imprese e dei raggruppamenti di operatori economici o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese.

Tra le misure dirette a facilitare la partecipazione alle gare si inserisce anche a riscrittura dell'art 83 del codice che, in ottemperanza al divieto di *gold plating*, non prevede alcun pagamento a carico dell'operatore economico in caso di soccorso istruttorio.

Deve, invece, essere intesa come vera e propria modifica la previsione di cui al comma 4 dell' art 77 del codice che lascia alla stazione appaltante la possibilità di valutare caso per caso la compatibilità tra RUP e membro delle commissioni di gara. Tale previsione recepisce quanto espresso dal Consiglio di Stato e consente di evitare una paralisi dell'attività, soprattutto delle stazioni appaltanti di piccole dimensioni.

Se dalle norme richiamate appare evidente lo sforzo del legislatore di ricondurre ad unità il sistema e di ottemperare agli obblighi comunitari, dall'altro restano non pochi interrogativi, tra gli altri, quali:

- L'affidamento sarà veramente diretto?
- La discrezionalità lasciata alla stazione appaltante nella nomina del RUP quali limiti incontrerà?

Ma il vero interrogativo attiene al sistema delle fonti che disciplina la materia dei contratti pubblici. Esemplificando solo per restare in tema, la norma sul RUP, così come introdotta dal correttivo, è incompatibile con quanto previsto sul punto dalle linee guida ANAC n.3, che rinviavano ad incerti orientamenti giurisprudenziali.

Ed ancora gli atti attuativi al codice sembrano proliferare e moltiplicarsi, basti pensare alle ulteriori linee guida introdotte in materia di livelli di progettazione.

Quanto precedentemente esaminato non esaurisce le problematiche cui deve essere aggiunto che talune disposizioni del codice non recepiscono quanto la Corte di Giustizia ha rilevato.

Un esempio per tutti è quello del subappalto, che nonostante gli inequivoci indirizzi comunitari, è stato confermato dal legislatore nazionale nei limiti del 30%.

In definitiva abbiamo ancora una volta la testimonianza di un legislatore bulimico che riversa su operatori economici e stazioni appaltanti la difficoltà di sperimentare il nuovo dettato normativo, alla ricerca di un difficile punto di equilibrio.