

**Legge 14 giugno 2019, n. 55,
di conversione del DL 18 aprile 2019, n. 32
(c.d. decreto "SBLOCCA-CANTIERI")**

GURI n. 140 del 17 giugno 2019

Esame e commento

Giugno 2019

E' stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 140 del 17 giugno u.s., la legge 14 giugno 2019, n. 55, di conversione del **Decreto-Legge 18 aprile 2019, n. 32 recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici" - c.d. decreto "Sblocca Cantieri"**.

La legge è entrata in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione sulla G.U.R.I., ossia, a decorrere dal 18 **giugno 2019**.

Le disposizioni in essa contenute trovano, quindi, applicazione con riferimento alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente a tale data, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non siano ancora stati trasmessi gli inviti a presentare offerta (art.1, comma 21).

Nel caso in cui le disposizioni introdotte con il decreto legge abbiano trovato conferma nella legge di conversione, le stesse si applicano senza soluzione di continuità, a decorrere dal 19 aprile 2019, data di entrata in vigore del citato decreto.

Viceversa, per quanto riguarda le previsioni modificate o abrogate dalla legge di conversione, esse potranno trovare applicazione unicamente nei confronti dei contratti derivanti da bandi o inviti adottati antecedentemente all'entrata in vigore della legge, e quindi fino al 17 giugno 2019.

Per quanto riguarda la legge di conversione, va evidenziato che essa, oltre a confermare alcune importanti previsioni introdotte con il Decreto 32, ha introdotto significative novità - di cui si dirà meglio in seguito - tra le quali particolarmente significativa è la sospensione "transitoria", fino al 31 dicembre 2020, nelle more della riforma complessiva del settore, di alcune disposizioni del Codice dei Contratti pubblici, al fine di rilanciare gli investimenti pubblici e favorire l'apertura dei cantieri.

Ciò premesso, e venendo all'impianto generale della legge, viene confermata la suddivisione in 3 Capi:

- *Capo I - Norme in materia di contratti pubblici, di accelerazione degli interventi infrastrutturali, e di rigenerazione urbana;*
- *Capo II - Disposizioni relative agli eventi sismici della regione Molise e dell'area Etnea;*

- Capo III - *Disposizioni relative agli eventi sismici dell'Abruzzo nell'anno 2009, del nord e del centro Italia negli anni 2016 e 2017 e nei comuni di Casamicciola Terme e Lacco Ameno dell'isola di Ischia nel 2017.*

Il numero complessivo degli articoli, tuttavia, è aumentato, per effetto dell'inserimento di molte nuove disposizioni.

Di seguito, si riporta **una prima sintesi delle novità di maggiore rilievo per il settore dei lavori pubblici, contenute nel capo I.**

ART. 1: MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

➤ RITORNO AL REGOLAMENTO GENERALE

Viene confermata, dopo alcune esitazioni durante l'iter di conversione, la scelta di delegare il Governo all'adozione, entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge, di un regolamento recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice, nell'ambito del quale assorbire, anzitutto, la disciplina di alcune delle linee guida ANAC e dei decreti ministeriali *medio tempore* adottati in attuazione del Codice stesso.

Si tratta, in particolare, dei provvedimenti adottati in materia di requisiti dei progettisti (art. 24, comma 2); compiti del RUP (31, comma 5); procedure sotto soglia UE (36, comma 7); elenco categorie SIOS (89, comma 11); verifica di conformità e di collaudo (111, commi 1 e 2); qualificazione, progettazione e collaudo nel settore beni culturali (146, comma 4; 147 commi 1 e 2; 150, comma 2).

Tali provvedimenti, nell'attesa che venga adottato il nuovo regolamento, rimarranno transitoriamente in vigore a condizione che siano compatibili con il Codice – e quindi con le modifiche ad esso apportate dal provvedimento in commento - e con le procedure di infrazione aperte dalla Commissione Europea, in tema di pagamenti della P.A. (n. 2017/2090) e per violazione delle direttive UE 23/24/25 del 2014, in materia di contratti pubblici (n. 2018/2273).

Al solo fine dell'archiviazione delle suddette procedure, viene consentito al MIT e all'ANAC di modificare i provvedimenti già adottati in materia.

Tornando al contenuto del Regolamento, in sede di conversione, è stato aggiunto un elenco puntuale delle materie sulle quali è chiamato ad intervenire, ossia:

- a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento;
- b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto;

- c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali;
- d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie;
- e) direzione dei lavori e dell'esecuzione;
- f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali;
- g) collaudo e verifica di conformità;
- h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici;
- i) lavori riguardanti i beni culturali.

A decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento, viene prevista la cessazione di efficacia di tutte le linee guida cd. "non vincolanti" (di cui all'articolo 213, comma 2, del Codice) che l'ANAC ha adottato su tali materie, nonché di quelle che comunque siano in contrasto con le nuove disposizioni recate dal regolamento medesimo.

Per quanto invece riguarda i provvedimenti già adottati o ancora da adottare su materie diverse, questi resteranno in vigore o potranno essere adottati anche successivamente all'entrata in vigore del nuovo regolamento.

VALUTAZIONE

E' senz'altro positiva la conferma della volontà legislativa di superare il sistema della cd. "soft law", attraverso il ritorno ad un regolamento generale, con il quale restituire certezza alla disciplina attuativa del Codice.

Opportuna è, poi, l'introduzione, in fase di conversione, della possibilità per il MIT e l'ANAC di intervenire, in attesa dell'adozione del regolamento, sui provvedimenti già adottati nelle materie che saranno oggetto di disciplina regolamentare, sebbene sarebbe stato auspicabile non limitare l'esercizio del potere di modifica alla sola finalità dell'archiviazione delle procedure d'infrazione UE.

Così operando, infatti, appare precluso apportare aggiornamenti alla luce delle novità introdotte dallo stesso provvedimento in commento.

Si pensi, ad esempio, alle linee guida n. 4/2016 - recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" - non più attuali

rispetto all'art. 36 del Codice, come modificato dalla legge in commento, ma transitoriamente in vigore ai sensi dell'art. 216, comma 27-octies.

➤ **ESTENSIONE DEL PERIODO DOCUMENTABILE PER LA QUALIFICAZIONE SOA**

In fase di conversione, è stata confermata l'estensione, "a regime", a quindici anni antecedenti il contratto con la SOA, dell'arco temporale di riferimento per la comprova dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, funzionali al conseguimento dell'attestazione.

VALUTAZIONE

Si tratta di una misura positiva, in ragione del grave periodo di crisi in cui versa il settore da oltre dieci anni, caratterizzato da una forte e generalizzata contrazione dei fatturati, dovuta al crollo degli appalti in termini di numero, importo e diversificazione delle tipologie di qualificazioni richieste.

Al riguardo, va tuttavia evidenziato che la modifica non è completamente in linea con quanto auspicato da ANCE, ossia l'introduzione della possibilità per l'impresa di utilizzare sempre l'esperienza maturata per la qualificazione a condizione che la stessa, negli ultimi anni, soddisfi degli indici di capacità economica e finanziaria che ne dimostrino la permanenza "in vita" sul mercato.

➤ **CRITERI DI AGGIUDICAZIONE**

Viene confermata la possibilità, per le stazioni appaltanti, di utilizzare, fino alla soglia comunitaria, il criterio del massimo ribasso, **con obbligo di applicare l'esclusione automatica delle offerte anomale, laddove l'appalto non presenti carattere "transfrontaliero" ed il numero delle offerte ammesse non sia inferiore a 10.**

L'art. 97, comma 8, del Codice, infatti, come modificato, dispone che la stazione appaltante, in caso di ricorso al minor prezzo – possibile solo per gli appalti fino alla soglia comunitaria – "prevede" (prima "può prevedere") l'esclusione automatica delle offerte anomale (naturalmente, sempreché non vi sia interesse transfrontaliero e il numero delle offerte ammesse non sia inferiore a 10).

Per quanto riguarda, invece, il ricorso all'OEPV negli affidamenti sotto soglia comunitaria, in fase di conversione, è venuto meno l'obbligo per la stazione appaltante di motivare la scelta di ricorrere a tale criterio.

Per quanto attiene, infine, agli appalti sopra soglia UE, quello dell'OEPV resta, come in precedenza, l'unico criterio di aggiudicazione a disposizione della stazione appaltante.

VALUTAZIONE

Va espresso apprezzamento per la scelta di abbandonare, pressoché definitivamente, il criterio del “massimo ribasso puro” che, nel corso degli anni, ha dimostrato la sua pericolosità, essendo spesso causa di distorsioni competitive e prestazioni di scarsa qualità.

Con la novella, infatti, ove la stazione appaltante opti per il minor prezzo – possibilità esistente per gli appalti fino alla soglia comunitaria – la stessa dovrà obbligatoriamente applicare l’esclusione automatica delle offerte anomale, fatta eccezione per i casi in cui sussista un interesse transfrontaliero certo all’appalto o comunque vi sia un numero di offerte ammesse inferiore a 10. Ipotesi, queste, che, a ben vedere, negli appalti sottosoglia si riscontrano assai raramente.

Per quanto riguarda, poi, il c.d. “interesse transfrontaliero”, sarebbe stato auspicabile che il legislatore cogliesse l’occasione per fornire una definizione normativa dello stesso, non rimettendo tale compito alla singola stazione appaltante, con il rischio di interpretazioni disomogenee e possibile aumento del contenzioso.

Possibilità riconosciuta dalla stessa giurisprudenza comunitaria (*v., in tal senso, sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-7287, punto 20*).

Tale compito, invece, spetterà all’amministrazione.

Al riguardo, il Consiglio di Stato - nel parere comm. spec., 12.02.2018 n. 361, inerente alle Linee guida n. 4, sugli affidamenti dei contratti sotto soglia – ha fornito alcune indicazioni interpretative, ritenendo, ad esempio, che un appalto di lavori possa presentare interesse transfrontaliero in ragione del suo valore stimato, o della propria tecnicità, o anche in relazione all’ubicazione dei lavori in un luogo idoneo ad attrarre l’interesse di operatori esteri.

Altro criterio potrebbe essere quello – auspicato dall’Ance - di valutare la sussistenza o meno dell’interesse transfrontaliero all’appalto in ragione del numero di imprese straniere effettivamente partecipanti alla procedura, ritenendo presente tale interesse laddove sia presente in gara una percentuale di imprese straniere significativa (ad esempio, almeno il 10 per cento).

Quanto all’OEPV, in sede di conversione è stato eliminato l’obbligo di motivare il ricorso al medesimo per gli appalti sotto soglia comunitaria. Resta fermo che tale criterio di aggiudicazione risulta particolarmente adatto per l’affidamento di lavori connotati da complessità tecnica.

Sempre in tema di OEPV, è da valutare positivamente la reintroduzione, in fase di conversione, del tetto massimo del 30 per cento al punteggio attribuibile all’elemento prezzo, in sede di OEPV.

L'eliminazione di tale previsione, infatti, avrebbe potuto favorire logiche di massimo ribasso "mascherato", in un sistema di gara in cui, invece, la miglioria progettuale e, più in generale, la qualità dell'offerta tecnica deve costituire il fattore determinante per premiare la professionalità ed il *know how* dell'impresa.

Infine, va evidenziato un'ulteriore criticità nella parte in cui il legislatore ha confermato la modifica del **sistema di determinazione della soglia di anomalia** delle offerte che così, in luogo di un meccanismo di sorteggio tra 5 diversi possibili metodi matematici (cd. sistema "antiturbativa"), prevede, oggi, **soltanto 2 metodi alternativi**, scelti sulla base del numero delle offerte ammesse (inferiore o superiore a 15).

Tale metodo di determinazione della soglia di anomalia andrebbe rivisto, sulla base dei seguenti obiettivi:

- 1) ripristinare l'alternativa tra più e diversi possibili metodi matematici, aumentando gli elementi di variabilità, per impedire eventuali condizionamenti;
- 2) puntare su metodi equilibrati, che, da un lato, evitino situazioni di eccessivo ribasso, e, dall'altro lato, non precludano la presentazione di offerte economicamente convenienti anche per l'amministrazione.

➤ **PROCEDURE NEGOZiate FINO AD 1 MILIONE DI EURO**

Il legislatore, in fase di conversione del decreto legge, ha reintrodotta la possibilità – abrogata dalla versione iniziale del testo - di fare ricorso alla procedura negoziata senza bando di cui all'art. 63 del Codice, per gli appalti fino ad 1 milione di euro, seppur con alcune novità rispetto alla disciplina originaria del Codice.

Anzitutto, va evidenziato che il richiamo all'art. 63 del Codice è riferito espressamente alla tipologia di procedura - ossia la negoziata senza bando- e non ai casi, previsti dallo stesso articolo, in cui questa può essere eccezionalmente utilizzata al di sopra di un milione di euro.

Conseguentemente, il nuovo articolo 36 prevede le seguenti modalità di affidamento dei lavori pubblici:

- **fino a 40 mila euro, affidamento diretto**, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici;
- **da 40 a 150 mila euro, affidamento diretto previa valutazione di 3 preventivi**, ove esistenti;
- **da 150 a 350 mila euro, procedure negoziate senza bando con invito** ad almeno **10 operatori** economici, ove esistenti;

- **da 350 mila ad 1 milione di euro, procedure negoziate** senza bando con invito ad almeno **15 operatori** economici, ove esistenti;
- **sopra 1 milione di euro**, obbligo di ricorrere alla **procedura aperta**.

VALUTAZIONE

Nel valutare positivamente la reintroduzione di una procedura semplificata, qual è quella negoziata, per importi fino ad 1 milione di euro, va evidenziata, al contempo, la riduzione, rispetto alla previgente normativa, del numero minimo dei soggetti da invitare. Nella fascia di importo da 40 a 150 mila euro, il numero di concorrenti si riduce, da 10 a 3. Sembra venuto meno l'obbligo di espletare una vera procedura di gara, essendo consentito di procedere all'affidamento diretto previa valutazione di 3 preventivi.

Ciò posto, nulla vieta alle amministrazioni di elevare il numero dei soggetti da invitare, andando oltre livello minimo previsto dalla legge, in modo da garantire, come auspicato da Ance, un maggior livello di concorrenza anche nell'ambito degli appalti di piccole dimensioni.

Sempre in fase di conversione, è stato abrogato il comma 5 dell'art. 36, che consentiva alla stazione appaltante, in caso di ricorso alle procedure negoziate, di verificare i requisiti solo sull'aggiudicatario, salvo la facoltà di estendere poi la verifica anche agli altri partecipanti. Di conseguenza, tale verifica sembrerebbe doversi effettuare su tutti i concorrenti invitati a partecipare. Ciò, fatte salve le procedure effettuate nell'ambito dei mercati elettronici, nelle quali resta fermo (come previsto dal Codice 50) che il controllo sui requisiti di cui all'articolo 80 venga effettuato su un campione significativo di operatori in fase di ammissione e permanenza nel mercato, mentre sull'aggiudicatario dovrà essere verificato esclusivamente il possesso dei requisiti tecnico-economici.

Infine, in ragione delle novità sopra descritte, sono state abrogate le deroghe che la legge di bilancio 2019 (Legge n. 145/2019) aveva introdotto in via transitoria, fino al 31 dicembre 2019, sempre in tema di procedura negoziata.

➤ GARE PER I LAVORI DI MANUTENZIONE

Per gli anni 2019 e 2020, viene prevista la possibilità di:

- affidare le **manutenzioni ordinarie e straordinarie** - ad eccezione degli interventi che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere e di impianti - sulla base di un **progetto definitivo**, costituito almeno da una relazione generale, dall'elenco prezzi unitari delle lavorazioni previste, dal computo metrico-estimativo e dal piano di sicurezza, con indicazione analitica dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso;

- di **iniziare i lavori a prescindere dall'avvenuta redazione e approvazione del progetto esecutivo.**

VALUTAZIONE

Rispetto al testo iniziale del decreto, la norma che prevede la possibilità di affidare i lavori di manutenzione sulla base di un definitivo "alleggerito" e la possibilità di eseguirli a prescindere dall'approvazione di un progetto esecutivo, viene introdotta in via transitoria, e non più "a regime".

Si tratta, in ogni caso, di una misura largamente auspicata dalle stazioni appaltanti, in quanto tesa, evidentemente, a velocizzare sia le gare per l'affidamento dei lavori che l'avvio effettivo degli stessi.

Ciò premesso, va segnalata la presenza di alcune incongruenze tra diverse disposizioni del Codice, che potrebbero essere frutto di un mero errore di coordinamento.

Infatti, torna a rivivere la norma del Codice che rinviava ad uno specifico decreto del MIT la previsione di una progettazione semplificata per i lavori di manutenzione ordinaria fino a 2,5 milioni di euro (art. 23, comma 3-bis, D.lgs 50/2016).

Torna altresì in vigore la disposizione dell'art. 216, comma 4, del Codice che, sino alla data di entrata in vigore del suddetto decreto, consentiva di procedere all'affidamento sulla base di un progetto definitivo "alleggerito" e all'esecuzione in assenza di progetto esecutivo, per i medesimi interventi, cioè lavori di manutenzione fino a 2,5 milioni di euro.

Volendo tuttavia dare spazio ad un'interpretazione sistematica, è ragionevole ritenere che, fino al 2020, trovi applicazione la norma transitoria introdotta dalla legge di conversione in commento, stante il suo carattere generale e onnicomprensivo rispetto a tutti gli interventi di manutenzione. Successivamente, dovrebbe tornare ad applicarsi la disciplina ordinaria prevista dall'art. 23, comma 3 bis del Codice, o comunque, il regime transitorio di cui all'art. 216 comma 4.

➤ APPALTO INTEGRATO

In fase di conversione, è stata disposta la sospensione, **fino al 31 dicembre 2020**, dell'art. 59, comma 1, quarto periodo, nella parte in cui vieta l'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori pubblici (cd. divieto di appalto integrato).

Risulta, quindi, superata la precedente impostazione della norma, che consentiva di ricorrere all'appalto integrato in presenza di una doppia condizione: approvazione del progetto definitivo entro il 31 dicembre 2020 e pubblicazione del bando entro i dodici mesi successivi all'approvazione del progetto stesso.

VALUTAZIONE

La modifica è senz'altro positiva, in quanto volta a favorire una più rapida cantierizzazione delle opere.

Va altresì segnalato che, da un punto di vista formale, la novella “elimina”, in via transitoria, il divieto di appalto integrato di cui all'art. 59, comma 1, quarto periodo, e non anche il comma 1-bis, secondo cui l'appalto integrato è sempre possibile in presenza di opere con prevalente elemento tecnologico o innovativo. Con la conseguenza che potrebbe ritenersi vigente unicamente quest'ultima disposizione.

Tale interpretazione, tuttavia, è da escludersi in quanto renderebbe del tutto priva di efficacia la novella legislativa, in contrasto con i canoni ermeneutici della ragionevolezza e sistematicità.

E' preferibile ritenere, pertanto, che la sospensione riguardi sia il divieto generale di appalto integrato, sia, conseguentemente, le sue eccezioni, risultando per l'effetto consentito alle stazioni appaltanti bandire la gara sulla base di un progetto di livello inferiore all'esecutivo.

Si stabilisce, infine, che le imprese attestate per prestazioni di progettazione e costruzione documentino i requisiti per lo svolgimento della progettazione esecutiva laddove i predetti requisiti non siano dimostrati dal proprio staff di progettazione.

➤ SUBAPPALTO

In tale materia, si registrano diverse novità rispetto alla testo iniziale del decreto legge.

Anzitutto, le modifiche assumono carattere transitorio, essendo vavevoli, nelle more di una complessiva revisione del Codice, comunque fino al 31 dicembre 2020.

Inoltre, su indicazione della stazione appaltante nel bando di gara, la quota massima subappaltabile viene ridotta dal 50 al 40 per cento dell'importo complessivo del contratto.

Per le categorie SIOS resta in vigore il divieto di subappalto oltre il 30 per cento dell'importo delle opere, che la norma fa comunque salvo, richiamando quanto previsto dal comma 5 dell'articolo 105 del Codice.

Viene, inoltre, sospeso fino al 31 dicembre 2020 – e non soppresso definitivamente come invece previsto nel decreto - l'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori in gara, e le conseguenti verifiche in gara dei subappaltatori indicati; ciò anche per le concessioni.

Viene, poi, reintrodotta il divieto - soppresso nella versione iniziale del decreto - di affidare il subappalto ad altro soggetto concorrente alla medesima gara.

Infine, sono venute meno le modifiche attinenti al pagamento diretto del subappaltatore, che, quindi, torna ad essere possibile, *inter alia*, su richiesta del subappaltatore a condizione però che la natura del contratto lo consenta.

VALUTAZIONE

Appare senza dubbio positiva la conferma dell'eliminazione dell'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori in gara, che ha dato luogo a numerosi problemi interpretativi e applicativi; tuttavia, essendo stata disposta in via transitoria, non risponde ancora in via strutturale ai rilievi formulati dalla Commissione europea nella procedura di infrazione al Codice.

Per quanto riguarda le ulteriori modifiche introdotte in tema di subappalto, la valutazione è invece negativa.

La legge di conversione, infatti, ha mantenuto l'impostazione fortemente limitativa dell'istituto, abbassando peraltro dal 50 al 40 per cento l'importo complessivo massimo subappaltabile.

Il subappalto, peraltro, recita la norma, "**deve essere indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara**"; inciso, questo, che sembrerebbe introdurre un profilo di facoltatività per la stazione appaltante, che potrebbe prevedere il subappalto o vietarlo.

Tale opzione ermeneutica, oltre a non essere condivisibile poiché non permette all'operatore economico di organizzare efficacemente i fattori della produzione, non risponde assolutamente ai rilievi formulati dalla **Commissione Europea, con l'apertura della procedura di infrazione n. 2018/2273** avverso lo Stato Italiano per violazione delle direttive UE 2014, nn. 23,24 e 25, tra le altre cose, su tale materia.

Pertanto, in ragione di una lettura comunitariamente orientata delle modifiche apportate all'art. 105, atta a superare – almeno in parte – i profili di contrasto con le direttive comunitarie, **si ritiene che il bando debba prevedere sistematicamente la possibilità di subappaltare**, dando altresì indicazione della percentuale in cui è ammesso.

➤ INVERSIONE APERTURA OFFERTE E VERIFICA REQUISITI

La possibilità per le stazioni appaltanti di esaminare le offerte prima della verifica dell'idoneità dei concorrenti, prevista per i settori speciali, viene estesa (in via transitoria, ossia fino al 31 dicembre 2020) anche ai settori ordinari, per gli appalti sia sopra che sotto soglia comunitaria.

Tale facoltà continua ad essere esercitabile solo se prevista nel bando di gara o nell'avviso, tuttavia, viene meno l'obbligo, previsto nel decreto, di attuare una verifica a campione sui partecipanti, oltre che sull'aggiudicatario, con eventuale ricalcolo della soglia di anomalia.

VALUTAZIONE

La possibilità di invertire l'ordine delle fasi di gara, posticipando il controllo sul possesso dei requisiti rispetto all'apertura delle offerte, suscita molte perplessità, in quanto la conoscenza delle offerte in graduatoria, e quindi anche del potenziale aggiudicatario, potrebbe innescare fenomeni di condizionamento da parte dell'amministrazione, con conseguente alterazione dei risultati di gara.

Inoltre, il fatto che non sia previsto come obbligatorio un controllo "a campione" sul possesso dei requisiti dei partecipanti, potrebbe incentivare la partecipazione di soggetti non adeguatamente qualificati, al solo fine di alterare l'aggiudicazione, con il rischio di effetti fortemente distorsivi del mercato e della concorrenza.

➤ MOTIVI DI ESCLUSIONE

Il legislatore, in fase di conversione, è intervenuto sull'individuazione delle fattispecie di cui al comma 5 dell'art. 80 del Codice, introducendo, accanto alle ipotesi già previste alle lettere c), c-bis) e c-ter), un'ulteriore situazione in presenza della quale la stazione appaltante può procedere all'esclusione dell'operatore economico.

Attraverso la previsione della nuova lettera *c-quater*, infatti, potrà essere escluso l'operatore economico che *"abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato"*.

Inoltre, viene confermata la riformulazione del comma 10 e l'aggiunta del comma 10-bis all'art. 80 del Codice, che disciplinano il periodo di interdizione dalle gare, introducendo due innovazioni, rispetto alla disciplina del Codice:

- 1) l'allineamento della disciplina sulle cause di esclusione alle novità introdotte dal decreto "Spazza-corrotti" in tema di pena accessoria dell'incapacità a contrattare con la PA;
- 2) la previsione, al comma 10- bis, che, nei casi di cui al comma 5 dell'art. 80 – tra cui l'illecito professionale e la risoluzione del contratto in danno - il periodo di esclusione pari a 3 anni decorre dalla data di accertamento del fatto in via amministrativa ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data della sentenza non più soggetta ad impugnazione, precisando che, nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tener conto di tale fatto ai fini della valutazione della sussistenza del presupposto per l'esclusione.

È venuta meno, invece, la previsione – introdotta dal decreto al comma 4 dell'art. 80 - che consentiva alla stazione appaltante di escludere un concorrente anche in caso di **violazioni in materia di tasse, imposte e contributi previdenziali non definitivamente accertate.**

VALUTAZIONE

Appare senz'altro positiva l'eliminazione della disposizione, introdotta dal decreto, che attribuiva alle stazioni appaltanti il potere di valutare, ai fini dell'esclusione, anche eventuali irregolarità fiscali e contributive non definitivamente accertate.

Tale disposizione, infatti, avrebbe avuto gravissime ripercussioni per gli operatori economici, **esponendoli ad una penalizzazione eccessiva e del tutto sproporzionata, considerato l'alto rischio di estromettere dalle gare soggetti in realtà regolari, sulla base di contestazioni riconosciute, successivamente, inesistenti.**

Appare, invece, in contrasto con le direttive comunitarie la previsione del nuovo comma 10 bis dell'art. 80 che, nei casi di cui al comma 5 – tra cui l'illecito professionale e la risoluzione del contratto in danno – dispone l'esclusione per 3 anni dell'operatore economico, e non invece, come sarebbe corretto, la possibilità per le amministrazioni di valutare il fatto medesimo, ai fini della esclusione, per un periodo non superiore ai 3 anni successivi al suo accertamento definitivo.

Altrettanto negativa è la disposizione, contenuta sempre al comma 10 bis, che consente di considerare rilevanti, ai fini dell'esclusione, anche fatti non definitivamente accertati, Tale impostazione compromette fondamentali principi dell'ordinamento costituzionale, come la "presunzione di innocenza" - sovvertita in una sorta di "presunzione di colpevolezza" - e l'inviolabilità del diritto alla difesa in giudizio, oltre che principi di rilievo comunitario, come la tutela della concorrenza, la parità di trattamento e la massima partecipazione alle procedure di gara.

Ciò, con il rischio di penalizzare ingiustamente, con l'esclusione, soggetti non colpevoli che, a distanza di tempo, ottengano il riconoscimento giudiziale dell'infondatezza dei fatti contestati.

➤ **SOSPENSIONE NORMA CD. "TAGLIA RISERVE"**

Fino al 31 dicembre 2020, viene sospesa l'operatività della norma cd. "taglia riserve", consentendo agli operatori economici di iscrivere riserva anche su aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica, ai sensi dell'articolo 26 del Codice.

Conseguentemente, viene esteso anche l'ambito di applicazione dell'**accordo bonario** che, quindi, in tale arco temporale, potrà avere ad oggetto anche la risoluzione di riserve iscritte su aspetti progettuali validati.

Sul punto, va evidenziato che il testo, nel far riferimento ai progetti oggetto di verifica, richiama l'art. 25 del Codice – che disciplina la verifica preventiva dell'interesse archeologico - e non, invece, come sarebbe stato corretto, l'art. 26 che regola, specificamente, lo svolgimento dell'attività di verifica e validazione dei progetti.

Trattasi, tuttavia, di un mero errore materiale.

È evidente infatti che il richiamo all'art. 25 è del tutto inconferente rispetto all'attività richiamata e questo non può inficiare la corretta applicazione della norma.

Conclusione, questa, a cui si giunge soprattutto in ragione della previsione, sopra descritta, che estende l'operatività dell'accordo bonario.

L'art. 205, infatti, nel regolare tale strumento di risoluzione delle riserve, si riferisce testualmente all'art. 26 (e non 25) del Codice.

Inoltre, la stessa legge di conversione prevede, conseguentemente alla sospensione dell'operatività della norma cd. "taglia riserve", l'estensione dell'ambito di applicazione dell'istituto dell'accordo bonario, che, invece, il citato art. 205 non consente su aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica.

Ciò, ad ulteriore conferma della volontà del legislatore di ampliare l'ambito di applicazione delle riserve e dell'accordo bonario.

VALUTAZIONI

La previsione è assolutamente positiva e fortemente auspicata da anni.

Infatti, l'impossibilità di iscrivere riserve su aspetti progettuali validati appare del tutto ingiustificata ed iniqua, scaricando sulle imprese le conseguenze derivanti da una eventuale progettazione mal fatta e, comunque, validata.

➤ TORNA IL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO

Sempre in via transitoria, fino alla data di entrata in vigore del regolamento attuativo del Codice, viene reintrodotta il collegio consultivo tecnico (C.C.T.), come rimedio alternativo alla tutela giurisdizionale.

Sulla falsariga della previgente disciplina, è previsto che il collegio è formato da tre membri dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera scelti dalle parti di comune accordo, ovvero concordati; in ogni caso, tutti i componenti devono essere approvati dalle parti.

L'eventuale accordo delle parti che accolga la proposta di soluzione indicata dal collegio consultivo non ha natura transattiva, salva diversa volontà delle parti stesse.

VALUTAZIONE

L'istituto del "collegio consultivo tecnico", mutuato dal contesto internazionale, è stato introdotto nel nostro ordinamento dal Codice 50, in un'ottica di deflazione del contenzioso, poiché finalizzato a risolvere velocemente, già in corso di esecuzione dei lavori, le controversie eventualmente insorte tra committente ed appaltatore.

La sua anticipata abrogazione, per mezzo del decreto “correttivo” al Codice n. 56/2017, non ha consentito di osservarne l’operatività.

Si tratta quindi di un’innovazione positiva, di cui si auspica una conferma anche “a regime”.

➤ **COMMISSARI DI GARA “INTERNI”**

Fino al 31 dicembre 2020, in un’ottica di rilancio degli investimenti e delle infrastrutture, viene sospeso l’obbligo delle stazioni appaltanti di scegliere i commissari di gara tra esperti iscritti all’albo istituito presso l’ANAC (art. 77, comma 3, D.lgs. 50/2016).

Fino a tale data, pertanto, la stazione appaltante potrà sempre nominare “internamente” i membri della commissione, essendo venuto meno il “paletto” previsto nel testo iniziale del decreto, ossia che la nomina interna fosse subordinata all’indisponibilità - o alla disponibilità insufficiente - di esperti iscritti nella sezione ordinaria dell’Albo dei commissari istituito presso l’ANAC.

VALUTAZIONE

La previsione appare estremamente critica in quanto depotenzia una previsione, come quella dell’albo di commissari presso ANAC, che aveva il precipuo scopo di garantire l’effettiva terzietà di giudizio della commissione di gara nell’OEPV; caratteristica, questa, quanto mai indispensabile, stante il carattere altamente discrezionale di tale criterio di aggiudicazione.

➤ **CONCESSIONARI**

Viene ulteriormente estesa dal 31 dicembre 2019, come previsto nel testo iniziale del decreto, fino al 31 dicembre 2020, la proroga del termine, scaduto nell’aprile del 2018, entro il quale i concessionari “senza gara” si dovranno adeguare agli **obblighi di esternalizzazione previsti dall’art. 177 del Codice**.

Oltre a ciò, viene confermata la possibilità per le concessioni autostradali già scadute o in scadenza entro 36 mesi dall’entrata in vigore del provvedimento, il cui bando sia pubblicato entro il 31 dicembre p.v., di avviare la gara sulla base del fabbisogno predisposto dal medesimo concedente, limitatamente agli interventi di messa in sicurezza dell’infrastruttura esistente.

Infine, sempre in tema di concessioni autostradali, viene esclusa la configurabilità della responsabilità erariale per colpa grave e ogni conseguente responsabilità nel caso in cui i decreti che determinano la cessazione anticipata di tali rapporti siano stati visti e

registrati dalla Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità svolto su richiesta dell'amministrazione precedente.

VALUTAZIONE

La norma non è condivisibile.

L'art. 177, com'è noto, obbliga i concessionari "senza gara" ad affidare a terzi, mediante procedura ad evidenza pubblica, almeno l'80% - il 60 % in caso di concessionari autostradali – dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo superiore a 150 mila euro relativi alle medesime concessioni. La stessa norma concedeva a tali soggetti un termine di 24 mesi per adeguarsi alle nuove regole.

La proroga di tale termine al 31 dicembre 2020 penalizza fortemente il mercato.

Al riguardo, si ricorda che l'80% rappresenta già una soluzione di compromesso, rispetto alle previsioni comunitarie che imporrebbero, in caso di assenza di gara "a monte", l'esternalizzazione del 100% delle prestazioni oggetto di concessione.

Consentire una nuova proroga equivale quindi a svuotare di contenuto l'obbligo previsto dalla norma, con conseguente violazione dei principi comunitari in materia.

➤ **CONSORZI STABILI**

In tema di consorzi stabili, viene riscritto il comma 2 dell'art. 47 del Codice, che regola i requisiti di partecipazione alle gare.

Il nuovo comma, in linea con la previgente normativa – peraltro, ancora in vigore in ragione della disciplina transitoria di cui all'art. 216 comma 14 del D.lgs. 50/2016 - afferma che i consorzi possono eseguire le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante.

Al contempo, il nuovo comma non ripropone, e quindi abroga, la previsione a tenore della quale *"I consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto"*.

VALUTAZIONE

La modifica introdotta appare condivisibile.

Infatti, la precedente formulazione della norma del Codice, aveva fatto sorgere dubbi sulla possibilità di far operare, nel caso di appalti di lavori, il principio del cd. **“cumulo alla rinfusa” dei requisiti**, con conseguente possibilità per il consorzio stabile, munito di attestazione SOA, di indicare come consorziati esecutori soggetti singolarmente privi di idonea qualificazione, rendendosi necessario, anche in tale caso, il ricorso all’istituto dell’avvalimento.

Interpretazione, questa, che, tuttavia, confliggeva con quanto previsto dagli artt. 81 e 94 del DPR 207/2010 (che, a sua volta, richiama il 36, comma 7, del D.lgs. 163/2006), tutt’ora vigenti ai sensi dell’art. 216, comma 14, del Codice 50, i quali, invece, sancivano espressamente l’operatività di tale principio.

Con l’abrogazione di tale previsione e la nuova formulazione del comma secondo dell’art. 47, sembra quindi confermata la possibilità per i consorzi stabili di provare il possesso dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria con attribuzioni proprie e dirette oppure con quelle dei consorziati, senza dover ricorrere all’avvalimento.

➤ **GENERAL CONTRACTOR**

Viene confermata la soppressione, prevista dal Decreto, dell’Albo - e del relativo decreto del MIT che avrebbe dovuto regolarlo – dei soggetti che possono ricoprire il ruolo di Direttore dei Lavori e di Collaudatore, per gli appalti pubblici affidati con la formula del Contraente Generale.

Viene, inoltre, istituito un sistema di qualificazione dello stesso contraente, la cui disciplina viene rimessa al regolamento di esecuzione del Codice - che, come in precedenza evidenziato, dovrà essere adottato entro 180 giorni dall’entrata in vigore del provvedimento – e che sarà gestito dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Il nuovo sistema dovrà prevedere specifici requisiti in ordine all’adeguata capacità economica e finanziaria, all’adeguata idoneità tecnica ed organizzativa, nonché all’adeguato organico tecnico e dirigenziale, per la qualificazione a contraente generale.

➤ **SOPPRESSIONE RITO “SUPERACCELERATO”**

Viene confermata la soppressione, prevista dal decreto, del cd. “rito superaccelerato” in materia di appalti pubblici, che obbligava i concorrenti a contestare le ammissioni e/o esclusioni degli altri operatori, entro 30 giorni dalla pubblicazione della relativa lista, e quindi ancor prima di conoscere la graduatoria della gara.

L’omessa impugnazione precludeva la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, e quindi, la possibilità di impugnare l’eventuale aggiudicazione per motivi attinenti al mancato possesso dei requisiti, generali e/o speciali, in capo al soggetto risultato aggiudicatario.

Venendo meno tale obbligo, lo scrutinio giudiziale dei vizi relativi all'ammissione e all'esclusione dalla gara per carenza dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali tornerà ad essere attivato nelle forme ordinarie previste dal Codice del processo amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

In particolare, la proposizione dei ricorsi ritorna a dover essere posticipata al momento dell'aggiudicazione definitiva ovvero a quello in cui (per la prima volta) l'interesse a ricorrere da parte del concorrente, insoddisfatto dall'esito della gara, diventa concreto ed attuale.

Abrogato, quindi, il rito super- accelerato, residua in materia di appalti il rito "speciale o "accelerato", regolato all'art. 120 del c.p.a; al riguardo, il legislatore ha confermato, in conversione del decreto, alcune modifiche per renderlo più veloce e snello.

Le novità sopradescritte, come espressamente previsto nel decreto, trovano applicazione a partire dai processi iniziati dopo l'entrata in vigore del decreto Legge, ossia a decorrere dal 19 aprile 2019.

"Per processi "iniziati" debbano intendersi, nell'ottica di chi agisce in giudizio ovvero di chi lo ha "iniziato", quelli in cui il ricorso introduttivo venga notificato (e non depositato) dopo il 19 aprile 2019 (Tar Calabria – Reggio Calabria, 13 maggio 2019, n. 324).

Conseguentemente, a partire dal 19 aprile 2019, è ragionevole ritenere che:

- non dovranno più essere pubblicati sul sito della stazione appaltante i provvedimenti di ammissione ed esclusione dei concorrenti, prima dell'aggiudicazione.
- per quanto riguarda le gare in corso di svolgimento, non vi è più un onere di immediata impugnazione delle ammissioni e/o esclusione degli altri concorrenti;
- i vizi relativi alla fase di ammissione ed esclusione dalle gare dovranno essere fatti valere nelle forme ordinarie, e quindi, nel caso di ammissione delle imprese concorrenti, al momento dell'aggiudicazione.

VALUTAZIONE

La soppressione del cd. rito "super-accelerato" in materia di appalti pubblici è senz'altro mossa dalla comprensibile necessità di superare il c.d. "ricorso al buio", che ha sempre dato luogo a dubbi di legittimità costituzionale.

Tuttavia, non può disconoscersi che l'effetto deflattivo del contenzioso amministrativo, connesso a tale tipo di rito, ha rappresentato un utile strumento in chiave "sblocca cantieri".

➤ PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

Viene confermata la possibilità per gli investitori istituzionali e i soggetti di cui all'art. 2, n. 3), del regolamento UE 2015/2017 di presentare proposte di *project financing* per interventi fuori programma, associandosi o consorziandosi, in caso di mancanza di requisiti tecnici, con soggetti qualificati per partecipare a gare per servizi di progettazione.

Per “**investitori istituzionali**” si intendono fondi di investimento partecipati esclusivamente da uno o più dei seguenti soggetti:

- Stato o ente pubblico;
- Organismi d'investimento collettivo del risparmio;
- Forme di previdenza complementare nonché enti di previdenza obbligatoria;
- Imprese di assicurazione, limitatamente agli investimenti destinati alla copertura delle riserve tecniche;
- Intermediari bancari e finanziari assoggettati a forme di vigilanza prudenziale;
- I soggetti e patrimoni sopra indicati costituiti all'estero nel rispetto di una serie di requisiti;
- Enti privati residenti in Italia che perseguano esclusivamente le seguenti finalità:
 - 1) famiglia e valori connessi; crescita e formazione giovanile; educazione, istruzione e formazione, incluso l'acquisto di prodotti editoriali per la scuola; volontariato, filantropia e beneficenza; religione e sviluppo spirituale; assistenza agli anziani; diritti civili;
 - 2) prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica; sicurezza alimentare e agricoltura di qualità; sviluppo locale ed edilizia popolare locale; protezione dei consumatori; protezione civile; salute pubblica, medicina preventiva e riabilitativa; attività sportiva; prevenzione e recupero delle tossicodipendenze; patologia e disturbi psichici e mentali;
 - 3) ricerca scientifica e tecnologica; protezione e qualità ambientale;
 - 4) arte, attività e beni culturali.
- Società residenti in Italia che perseguano esclusivamente finalità mutualistiche;
- Veicoli costituiti in forma societaria o contrattuale partecipati in misura superiore al 50 per cento dai soggetti indicati nelle precedenti lettere.

I soggetti di cui all'art. 2, n. 3), del regolamento UE 2015/2017 sono, invece, le “**banche o istituti nazionali di promozione**”, ossia 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.

VALUTAZIONE

La possibilità per gli investitori istituzionali di presentare proposte per concessione di lavori pubblici o di pubblica utilità non presenti negli strumenti di programmazione, appare positiva nella misura in cui rappresenti una misura volta a dare impulso alle operazioni di *project financing*, attraverso il coinvolgimento di soggetti dotati di importanti risorse finanziarie.

Al contempo, occorre monitorare l'applicazione di tale previsione, al fine di garantire la salvaguardia di tutti i principi che presidono la corretta realizzazione delle opere pubbliche, a partire dal coinvolgimento di imprese di costruzione adeguatamente qualificate, nel rispetto di tutte le loro dimensioni, grandi, piccole e medie.

➤ CENTRALI DI COMMITTENZA

Viene **sospeso, fino al 31 dicembre 2020, l'articolo 37, comma 4**, che, con riferimento ai comuni non capoluogo di provincia, disciplina i casi di ricorso obbligatorio a centrali di committenza negli affidamenti dei contratti pubblici.

Si ricorda, che tale disposizione, in combinato disposto con il comma 1 ed il comma 2 del medesimo art. 37, prevede, per tali soggetti, l'obbligo di procedere allo svolgimento delle gare ricorrendo a centrali di committenza, a soggetti aggregatori, o comunque a forme di aggregazione e/o unione qualificate come centrali di committenza, nei seguenti casi:

- forniture e servizi di importo superiore a 40 mila euro
- lavori di importo superiore a 150 mila euro
- lavori di manutenzione ordinaria di importo compreso tra 150 mila euro e 1 milione di euro.

Il decreto sblocca cantieri aveva già modificato la norma, sostituendo l'obbligatorietà del ricorso alle centrali di committenza con una facoltatività, rimessa alla libera scelta del Comune.

La norma è stata ulteriormente modificata, con l'integrale sospensione, in via transitoria, del comma inserito nel Codice 50.

Pertanto, fino al 31 dicembre 2020, i comuni non capoluogo di provincia potranno scegliere liberamente, a prescindere dall'importo del contratto da affidare e dalla tipologia di lavori da realizzare, se procedere direttamente e autonomamente all'affidamento, ovvero ricorrere ad una forma di centralizzazione.

VALUTAZIONE

La sospensione sembra rispondere ad una specifica esigenza espressa dai piccoli Comuni.

Sembra comunque sempre ferma la possibilità, per tali enti, di ricorrere ad una forma di aggregazione/centralizzazione, opzione auspicabile laddove il comune non sia adeguatamente strutturato per procedere autonomamente.

➤ **CONSIGLIO SUPERIORE DEI LAVORI PUBBLICI E CIPE**

In via transitoria, fino al 31 dicembre 2020, vengono previste le seguenti misure:

- 1) viene portato, da 50 a 75 milioni, l'importo minimo del progetto definitivo oltre il quale è obbligatorio il parere dello stesso Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici; per importi inferiori, ove venga richiesto, il parere viene reso dai comitati tecnici amministrativi presso i provveditorati interregionali alle OOPP;
- 2) viene ridotto, da 90 a 45 giorni, il termine previsto per l'emissione del parere obbligatorio sui progetti da parte del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, che il decreto aveva già ridotto a 60 giorni;
- 3) viene confermata la previsione introdotta dal decreto, secondo la quale per gli interventi ricompresi tra le infrastrutture strategiche, una volta approvato il progetto definitivo dal CIPE, viene consentito ai soggetti aggiudicatori di approvare direttamente le eventuali varianti, qualora non superino del 50 per cento il valore del progetto approvato; in caso contrario, dovranno tornare al CIPE per l'approvazione.

VALUTAZIONE

Le misure descritte sono condivisibili in quanto si muovono nell'ottica di apportare semplificazioni procedurali.

Sarebbe stato opportuno uno snellimento procedurale più ampio, che prevedesse l'eliminazione di tutti i passaggi al CIPE successivi all'approvazione, da parte dello stesso, del Documento pluriennale di pianificazione (DPP) o di altri documenti di pianificazione o programmazione.

ART. 2: MODIFICHE IN MATERIA DI CRISI DI IMPRESA

Si conferma l'entrata in vigore anticipata di alcune modifiche previste dal nuovo Codice delle crisi di impresa (D. Lgs. n. 14/2019) relative all'art. 110 del Codice dei contratti.

In particolare, si prevede il divieto per le imprese in stato di fallimento di partecipare a nuove gare, con possibilità per le stesse di continuare, esclusivamente, ad eseguire i contratti già stipulati con l'autorizzazione del giudice delegato.

Viene, poi, confermata la possibilità, per imprese ammesse in concordato preventivo, di continuare a partecipare alle gare, anche senza l'avvalimento dei requisiti di altro soggetto.

L'avvalimento viene, invece, richiesto nel caso in cui, tra il momento del deposito della domanda di ammissione alla procedura di concordato e quello di deposito del decreto di ammissione alla stessa, il soggetto intenda partecipare a nuove gare. Per tale ipotesi, è prevista anche l'autorizzazione da parte del Tribunale. Successivamente al decreto di apertura della procedura di concordato, l'autorizzazione è rilasciata dal giudice delegato.

Viene, inoltre, demandata all'ANAC, con apposite linee guida, la definizione di requisiti aggiuntivi che l'impresa ammessa al concordato deve possedere ai fini della partecipazione a nuove gare, dell'affidamento di subappalti e della stipulazione dei relativi contratti.

Ove l'impresa non dovesse soddisfare tali requisiti, l'ANAC potrà subordinare la sua partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che la stessa si avvalga di un altro operatore in possesso dei necessari requisiti, generali e speciali, nonché delle eventuali certificazioni richieste e che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata, nel caso in cui questa, nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia, per qualsiasi ragione, più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione.

Viene, infine, consentita la prosecuzione dei contratti pubblici in essere anche alle imprese ammesse a concordato che non preveda la continuità aziendale, a condizione che un professionista designato dal debitore attesti che la continuazione sia necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio.

VALUTAZIONE

La partecipazione alle gare di imprese in crisi costituisce un fenomeno distorsivo del mercato e penalizza le imprese sane, che non possono disporre di forme di protezione dai creditori analoghe a quelle che accompagnano tali procedure liquidatorie.

Pertanto, è senz'altro positivo il fatto che sia stata anticipata l'entrata in vigore della norma, contenuta nel nuovo Codice sulle crisi d'impresa (D.lgs. 14/2019) - che entrerà in vigore ad agosto del prossimo anno – sul divieto di partecipazione alle gare per le imprese in stato di fallimento.

Rimane ferma, tuttavia, la criticità legata alla possibilità di partecipazione delle imprese in concordato con continuità aziendale – o anche liquidatorio - che, ad avviso di Ance, andrebbe fortemente circoscritta, al fine di tutelare l'interesse pubblico al completamento delle opere, e garantire una sana concorrenza sul mercato.

Inoltre, continua a permanere la criticità legata all'istituto "dell'interpello" che impone, in caso di scorrimento della graduatoria, di applicare il prezzo offerto dal contraente originario. In caso di ribassi particolarmente elevati, infatti, tale condizione potrebbe compromettere l'eseguibilità dell'appalto da parte del subentrante, costringendo l'amministrazione ad effettuare una nuova gara.

Al riguardo, si evidenzia che ANCE, sul tema delle "crisi d'impresa", ha ripetutamente veicolato alle istituzioni, durante tutto l'iter legislativo, un pacchetto di proposte, che, oltre alle misure direttamente impattanti sulla partecipazione delle imprese in crisi sopra evidenziate, conteneva le seguenti:

- introduzione della possibilità per le stazioni appaltanti di interpellare i concorrenti in graduatoria, affidando la parte restante dei lavori alle condizioni proposte dall'operatore in sede di offerta, e non a quelle offerte dall'originario aggiudicatario, che, verosimilmente, hanno già generato la risoluzione del contratto originario.
- una modifica della normativa sui pagamenti della PA, tesa a ribadire, in risposta ai rilievi formulati dalla Commissione Europea nell'ambito della procedura di infrazione 2017/2090 che i pagamenti alle imprese non possono superare i 30 giorni complessivi, decorrenti dalla maturazione del diritto dell'appaltatore;
- una rimodulazione del regime di responsabilità dei componenti del raggruppamento di impresa verso terzi, circoscritta ai lavoratori che, a qualsiasi titolo, siano intervenuti in cantiere per l'esecuzione dell'opera, e non verso tutti fornitori e subappaltatori delle imprese associate.
- il riconoscimento del diritto dell'appaltatore alla compensazione del corrispettivo di appalto (clausola di revisione prezzi).

Misure, queste, che purtroppo non hanno trovato accoglimento e che l'ANCE tornerà a richiedere nelle sedi opportune.

ART. 4: COMMISSARI STRAORDINARI

➤ INTERVENTI INFRASTRUTTURALI RITENUTI PRIORITARI

Con riferimento agli **interventi infrastrutturali ritenuti prioritari** – la cui puntuale individuazione viene rimessa ad uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto – viene disposta la nomina di uno o più **Commissari Straordinari** per l'avvio o la prosecuzione dei relativi lavori, anche sospesi.

Ai commissari vengono attribuiti una serie di poteri derogatori.

In particolare, per quanto attiene fasi autorizzative “a monte “ della gara, essi provvedono all’eventuale **rielaborazione e approvazione dei progetti non ancora appaltati**, in raccordo con i Provveditorati interregionali alle OOPP.

In tal caso, l’approvazione dei progetti da parte del commissario **sostituisce, ad ogni effetto di legge, ogni autorizzazione, parere, visto e nulla osta occorrenti per l’avvio o la prosecuzione dei lavori, fatta eccezione per quelli relativi alla tutela ambientale – i cui termini pero sono dimezzati - e tutela di beni culturali e paesaggistici** - per i quali il termine di adozione dell’autorizzazione, parere, visto e nulla osta è fissato nella misura massima di sessanta giorni dalla data di ricezione della richiesta, decorso il quale, ove l’autorità competente non si sia pronunciata, detti atti si intendono rilasciati.

Al fini dell’ esecuzione degli interventi, inoltre, i Commissari straordinari possono essere abilitati ad assumere **direttamente le funzioni di stazione appaltante e operano in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici**, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del **codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione**, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice Antimafia), **nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall’appartenenza all’Unione europea**.

Di analoghi poteri vengono investiti anche i commissari straordinari per il **dissesto idrogeologico**, in attuazione del Piano nazionale per la mitigazione del rischio idrogeologico, il ripristino e la tutela della risorsa ambientale, nonché i commissari per l’attuazione degli **interventi idrici** di cui al piano nazionale di interventi nel settore idrico.

➤ **GLI ULTERIORI COMMISSARI STRAORDINARI:**

Il provvedimento dispone, inoltre, con riferimento a specifiche questioni e/o interventi, la nomina di una serie di commissari straordinari con specifici poteri, di volta in volta, elencati, quali, ad esempio:

- il commissario straordinario incaricato di sovrintendere alla programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione degli **interventi sulla rete viaria della Regione Siciliana**;
- il commissario straordinario incaricato di sovrintendere alle fasi di prosecuzione dei **lavori del sistema MOSE**: a tal fine, il Commissario può assumere le funzioni di stazione appaltante e opera in raccordo con la struttura del Provveditorato interregionale.

- il commissario straordinario per il completamento dei lavori **del nodo ferroviario di Genova e del collegamento dell'ultimo miglio tra il terzo valico dei Giovi e il porto storico di Genova**, in deroga alla procedura vigente.
- il commissario straordinario per la sicurezza del **sistema idrico del GRAN SASSO**, con il compito di sovrintendere alla progettazione, all'affidamento e all'esecuzione degli interventi indifferibili ed urgenti volti a fronteggiare la situazione di grave rischio idrogeologico e conseguire adeguati standard di qualità delle acque e di sicurezza idraulica del sistema idrico del Gran Sasso. **Questi può assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante e opera in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea.** Con decreto del Ministro dell'interno, da adottare entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore della legge in commento, dovranno essere individuate speciali misure amministrative di semplificazione per il rilascio della documentazione antimafia, anche in deroga alle relative norme.
- Il commissario straordinario per la realizzazione degli **interventi di edilizia sanitaria** ritenuti prioritari, che può, a sua volta, avvalersi di INVITALIA SPA.

➤ **LE ULTERIORI DEROGHE:**

Il provvedimento in commento introduce, con riferimento a specifici interventi, alcune deroghe alla disciplina vigente, sempre nell'ottica di favorire una più celere realizzazione delle opere.

In particolare, sono interessati da misure *ad hoc*:

- Il Ponte di Parma denominato "Nuovo Ponte Nord" ;
- Gli interventi per la ricostruzione post terremoto che ha colpito le aree della Campania, Basilicata, Puglia e Calabria nel novembre 1980 e del febbraio 1981, tra cui, ad esempio, il completamento della A16 (Grottaminarda);
- L'interporto di Trento, l'interporto ferroviario di Isola della Scala (Verona) e il porto fluviale di Valdarò (Mantova).

Da ultimo, va evidenziato che, al fine di accelerare gli interventi di adeguamento dei **sistemi di collettamento, fognatura e depurazioni**, anche al fine di evitare l'aggravamento della procedura di infrazione in corso (n. 2014/2059 e n. 2017/2181) viene previsto un **commissario unico**, in sostituzione dei commissari previsti dal dl. 133/2014, con lo scopo di provvedere ad una ricognizione dei piani e dei progetti esistenti inerenti i necessari interventi, nonché verificare il loro finanziamento; nel caso in cui all'esito della

ricognizione dovesse risultare che alcuni interventi non fossero stati neanche avviati, allora viene attribuito allo stesso commissario anche il compito di soggetto attuatore.

VALUTAZIONI

Tali previsioni appaiono fortemente critiche.

Si produce infatti un'estensione del modello commissariale previsto per la ricostruzione del Polcevera, caratterizzato da forti poteri derogatori, a casi e situazioni non connotate dalla medesima condizione di straordinarietà.

Naturalmente, per realizzare celermente gli interventi infrastrutturali prioritari o le opere da "sbloccare", è senz'altro indispensabile semplificare le procedure "a monte" della gara, relative alle fasi di programmazione e approvazione dei relativi progetti, sul modello del Commissario per la tratta dell'Alta Velocità Napoli-Bari.

La fase di affidamento delle opere, però, dovrebbe avvenire nel pieno rispetto delle procedure previste dal Codice dei contratti e dalla legislazione ad esso connessa, in omaggio al principio di concorrenza.

Roma 18 giugno 2019