

di S.B.

Codice degli appalti, le novità e le complessità applicative

Seminario di approfondimento Anea, la relazione dell'avv. Carmine Podda (Ait); gli Egato tornano a chiedere un rafforzamento degli organici a fronte dei numerosi impegni posti dalla normativa

Dallo scorso 1° luglio hanno assunto efficacia le disposizioni del nuovo Codice degli appalti (v. [Staffetta 14/04](#)). Un testo che riorganizza la disciplina, con diversi elementi di novità, ridimensionando il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) rispetto al precedente Codice (d.lgs. n. 50/2016), recepisce alcuni orientamenti giurisprudenziali, e non rimanda più a regolamenti attuativi e linee guida per completare il quadro normativo applicabile, ma è corredato di allegati che produrranno effetti fino all'eventuale approvazione di decreti ministeriali che li andranno a sostituire. Il testo, con le principali novità che comporta, è stato illustrato lunedì dall'avvocato **Carmine Podda** dell'Autorità idrica toscana (Ait) nel corso di un seminario per gli Enti di governo d'Ambito (Egato) organizzato dalla loro associazione **Anea**. Ne sono emersi alcuni dubbi interpretativi e, in special modo, la conferma della complessità normativa con cui gli Enti d'Ambito sono chiamati a confrontarsi sotto numerosi profili della loro attività, che ne richiede un rafforzamento delle strutture.

“Una complessità che mal si accompagna con una **dotazione organica** molto ridotta di personale – commenta l'Anea in una nota a valle del seminario –, chiamato a svolgere una moltitudine di funzioni di alto profilo professionale quali la definizione ed approvazione dei piani di investimento delle aziende di gestione dei servizi, l'approvazione delle tariffe da praticare agli utenti, il controllo del rispetto degli standard di servizio, l'affidamento di contratti pubblici e la loro esecuzione e, in ultimo ma non per importanza, la tutela dei consumatori”.

“A tale riguardo – sottolinea l'associazione – si evidenzia come anche le recenti disposizioni normative in materia di rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni pubbliche e quelle recanti disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza nel prevedere esplicitamente gli enti locali a cui esse possono adire escludo di fatto, non menzionandoli, gli Egato. Risulta, pertanto, fondamentale estendere anche a loro le misure di rafforzamento amministrativo pensate per gli enti locali 'tradizionali'. Ne va della realizzazione di centinaia di progetti per il consolidamento e l'estensione delle raccolte differenziate – conclude la nota –, per la realizzazione di impianti di economia circolare, per la riduzione delle perdite idriche delle reti cittadine e per la realizzazione di fognature e impianti di depurazione per la salvaguardia del nostro ambiente urbano ed extra urbano”.

La relazione dell'avvocato Podda ha offerto un'estesa panoramica sugli aspetti salienti del nuovo Codice, evidenziando tra l'altro alcuni passaggi che necessitano di chiarimenti interpretativi. Tra questi, nell'ambito dei **principi generali** – una delle novità introdotte nel testo – una delle azioni attraverso cui si estrinseca il principio della fiducia è l'adozione di una copertura assicurativa per il personale delle stazioni appaltanti esposto a rischi nello svolgimento delle procedure di gara, indicazione che richiede un'interpretazione autentica per chiarire se il riferimento sia alla copertura assicurativa per colpa lieve, già prevista per legge con oneri a carico delle stazioni appaltanti, o a profili assicurativi ulteriori che ad oggi sono a carico dei singoli assicurati. In relazione al principio di autonomia contrattuale viene precisato il divieto di ricorrere a prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito (ai professionisti dev'essere garantito l'equo compenso), salvo casi eccezionali e adeguatamente motivati.

Nuova figura cardine all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici, solo in parte sovrapponibile a quella precedente del Responsabile unico del procedimento, il **Responsabile unico del progetto** (Rup). Il Rup deve preferibilmente essere inserito all'interno dell'unità organizzativa titolare del potere di spesa, e deve soddisfare appositi requisiti previsti dall'allegato I.2 al Codice (resi meno stringenti e più realistici rispetto a quelli precedentemente previsti dalle specifiche linee guida Anac, in particolare sotto il profilo dei titoli di studio richiesti); l'ufficio del Rup è obbligatorio, non può essere rifiutato, e qualora non venga nominato nell'atto di avvio dell'intervento pubblico da realizzare, l'incarico ricade in automatico sul responsabile dell'unità organizzativa competente per l'intervento stesso. Per commesse particolarmente complesse, il Rup può chiedere la nomina di uno o due responsabili di procedimento, soggetti che svolgono le singole attività operative correlate alle fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione o alla gestione della singola gara, dei quali il Rup mantiene un ruolo di coordinamento.

Un'apposita sezione con diversi articoli è dedicata agli **affidamenti sotto soglia**, che rappresentano oltre l'80% delle commesse pubbliche (le soglie comunitarie, ha ricordato Podda, sono di 215.000 euro per forniture e servizi, 750.000 euro

per servizi di ingegneria e architettura, 5,3 milioni di euro circa per lavori pubblici). Tra le novità, l'adeguamento al rialzo delle soglie per l'**affidamento diretto** (ora 140.000 euro per servizi e forniture, 150.000 per lavori). "Da sempre – ha evidenziato Podda – è necessario che la determina di affidamento diretto rechi in sé una motivazione, semplicemente per un principio generale del diritto amministrativo": si tratta infatti di uno degli elementi essenziali, a pena di nullità, degli atti amministrativi. Il d.lgs. n. 50/2016 esplicitava l'esigenza dell'adeguata motivazione, poi rimossa con il primo decreto correttivo del 2017, ma la motivazione rimane necessaria (la modifica, piuttosto, apriva all'individuazione dell'aggiudicatario senza confronto comparativo); così è anche nel testo attualmente in vigore, che richiede per soggetti direttamente individuati senza comparazione l'affidamento "qualificato", cioè la scelta di un contraente in possesso di documentate esperienze pregresse per prestazioni analoghe.

Per servizi e forniture dai 140.000 euro fino alla soglia comunitaria e per lavori tra 150.000 e 1 milione di euro è possibile la **procedura negoziata senza bando** previa consultazione di almeno 5 operatori economici (almeno 10 per lavori di importo sopra il milione di euro). Per la selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, le stazioni appaltanti non possono utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale, eccetto casi particolari e specificamente motivati in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione. Gli operatori da invitare alle procedure negoziate possono essere individuati tramite indagini di mercato (le relative indicazioni sono contenute nell'allegato II.1) o mediante albo dei fornitori (da aggiornare nel tempo con cadenza prefissata o al verificarsi di determinati eventi).

Altro capitolo di rilievo quello dedicato al **principio di rotazione**: non una novità del d.lgs. n. 50/2016, ha tenuto a precisare l'avv. Podda, ma presente da tempo nell'ordinamento, frutto delle direttive comunitarie del 2004. Se, però, in una prima fase la giurisprudenza aveva ritenuto il principio di rotazione soccombente ai principi comunitari di concorrenza e non discriminazione, e non era prevista una obbligatorietà, la formulazione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 ha suscitato dubbi interpretativi in proposito, su cui anche la giurisprudenza si è divisa; l'Anac ha cercato di fornire un'interpretazione con le Linee guida n. 4 del 2016, in cui chiariva che in casi eccezionali il contraente uscente può essere invitato a una nuova procedura o anche essere destinatario di un nuovo affidamento diretto, sempre da motivare in relazione all'assenza di alternative nel mercato o al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale. La questione ha continuato a essere molto dibattuta in giurisprudenza, con esiti tra loro contrastanti, fino al diffondersi di un'interpretazione "intermedia": se la procedura negoziata è preceduta da un avviso di manifestazione d'interesse rivolto a tutto il mercato, il principio di rotazione non si applica. Con il nuovo Codice il dibattito può ritenersi archiviato: l'art. 49 dà indicazioni chiare e sufficientemente elastiche sull'applicazione del principio di rotazione – circoscritto a due affidamenti consecutivi che abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, nella stessa categoria di opere o nello stesso settore di servizi – con eccezioni specificamente elencate (viene anche chiarito che le due condizioni giustificative già indicate dall'Anac per un affidamento diretto al contraente uscente devono essere compresenti).

Il Codice ripristina poi a una più libera alternatività tra il **criterio di aggiudicazione** dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso (che con la precedente disciplina si era voluto limitare), tranne in casi esplicitamente vincolati indicati dal legislatore. Sono previste semplificazioni per il controllo dei requisiti in caso di importi inferiori a 40.000 euro. Ulteriori novità riguardano le **garanzie provvisorie** (non richiedibili negli appalti sotto soglia se non in casi eccezionali preventivamente motivati, nei quali l'importo della garanzia non può superare l'1% di quello a base di gara), l'esclusione automatica delle **offerte anomale** (possibile nelle procedure con criterio del prezzo più basso e almeno 5 partecipanti), il termine di stipula del contratto sotto soglia (30 giorni dall'aggiudicazione senza sospensioni). La relazione ha dettagliato le fasi e i termini delle varie procedure di affidamento, nonché le modalità di formalizzazione del contratto. Si è anche parlato della **programmazione triennale** di lavori e acquisti (con soglia innalzata a 140.000 euro per forniture e servizi e 150.000 euro per lavori pubblici dal 1° gennaio 2024; la programmazione è modificabile infraperiodo a certe condizioni).

Ancora, il Codice elenca le figure a cui spettano **incentivi** correlati alle funzioni formalmente svolte per la gestione degli appalti (allegato I.10), nella misura complessiva dell'80% di una quota massima del 2% dell'importo a base di gara, il restante 20% della quale è destinato dalla stazione appaltante all'acquisto di beni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione, ad attività di formazione del personale e alla copertura degli oneri di assicurazione obbligatoria. I criteri di riparto degli incentivi devono essere stabiliti con proprio regolamento dalla stazione appaltante, e i regolamenti esistenti dovranno essere aggiornati secondo le nuove regole.

Parziale riscrittura, senza grandi cambiamenti sostanziali, c'è stata per il **soccorso istruttorio**, precisando una soglia inferiore del termine concesso ai concorrenti per sanare eventuali carenze o irregolarità (non meno di 5 giorni e non più di 10) e chiarendo alcune fonti di incertezza giurisprudenziale sull'ammissibilità o meno del soccorso istruttorio (es. mancata presentazione della cauzione provvisoria). Vi sono poi alcune precisazioni sul **soccorso procedimentale**, previsto per i casi in cui sussistano dubbi interpretativi (di carattere lessicale) circa l'offerta presentata e vengano chiesti chiarimenti al concorrente. Sono inoltre ammesse rettifiche di eventuali errori materiali commessi nella formulazione dell'offerta, fino al giorno di apertura delle buste. Riguardo alle **commissioni di gara**, è stato abolito l'Albo nazionale Anac previsto dal

Ai **motivi di esclusione** sono dedicati diversi articoli, distinguendo quelli che comportano esclusione automatica (art. 94) da quelle che implicano una valutazione discrezionale della stazione appaltante (art. 95), con specifiche casistiche elencate tra cui le violazioni gravi degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, definitivamente accertate (esclusione automatica) o no (esclusione non automatica), e l'illecito professionale grave (esclusione non automatica). In materia di **subappalto** (art. 119), la disciplina italiana è stata adeguata a quella comunitaria lasciando cadere i previgenti limiti percentuali, fermo restando il divieto della cessione integrale del contratto a terzi; la stazione appaltante gode comunque di una certa discrezionalità, potendo indicare, previa adeguata motivazione esplicitata nella documentazione di gara, preclusioni al subappalto per alcune parti della prestazione. Viene disciplinata una responsabilità in solido tra appaltatore e subappaltatore. La vera novità del nuovo testo, infine, è il **subappalto a cascata** (subappalto da parte del subappaltatore).

Ultimi argomenti toccati, l'**accesso agli atti di gara** con le relative eccezioni, compresi i segreti tecnici e commerciali, e le clausole di **rinnovo e proroga**: nulla cambia per l'ammissione del rinnovo, possibile solo se espressamente previsto a monte nel bando di gara; sono ammesse sia la proroga contrattuale, possibilità predefinita nella documentazione di gara, sia la proroga tecnica, consentita in casi eccezionali per il tempo strettamente necessario alla conclusione di una nuova procedura di aggiudicazione (senza limiti temporali predefiniti). Gli istituti del rinnovo e della proroga si applicano senza variazioni anche alle commesse al di sotto di 5.000 euro.

Nel corso del seminario sono stati sollevati dubbi circa il coordinamento del nuovo Codice degli appalti con il Testo unico dell'ambiente in tema di **progettazione** (il Codice degli appalti prevede il progetto di fattibilità tecnica ed economica e il progetto esecutivo, mentre il Testo unico dell'ambiente continua a richiedere agli Egato l'approvazione del progetto definitivo): nell'attesa di un'eventuale modifica normativa e in assenza di linee interpretative a cui far riferimento, la lettura più plausibile sarebbe quella di ritenere il progetto definitivo sostituito dal progetto di fattibilità tecnica ed economica anche per le disposizioni del Testo unico ambientale (art. 158-bis). L'Anea ha posto in proposito un quesito ai ministeri competenti, il cui responso potrebbe tardare ad arrivare anche alla luce del fatto che la disciplina dei contratti pubblici dev'essere ancora affinata e completata (come detto, sono in corso i lavori di redazione dei decreti ministeriali che andranno a sostituire gli allegati al Codice).

© Riproduzione riservata