

L'efficienza energetica e lo Sblocca Cantieri

1. Lo Sblocca Cantieri inserisce soluzioni “di efficienze energetica”?

Se per efficienza energetica intendiamo la capacità di adottare le migliori tecnologie e di riuscire a “fare di più con meno”, corre l'obbligo di ammettere che il decreto Sblocca Cantieri – che ha corretto in più parti il codice dei contratti pubblici – non sembra rispettare questa filosofia di fondo.

Non si ravvisano nello Sblocca Cantieri soluzioni innovative per comportamenti più consapevoli e più responsabili. Non si eliminano sprechi dovuti al malfunzionamento della macchina amministrativa o inefficienze legate alla gestione di un sistema complesso, come quello della pubblica amministrazione, in cui livello centrale e ambiti locali si sovrappongono.

Insomma – per dirla con una battuta – lo Sblocca Cantieri non offre purtroppo rimedi a maggiore efficienza energetica, bensì complica ancora di più il quadro normativo, perché viene ad accentuare la schizofrenia del legislatore che a distanza di soli tre anni dal codice muta orientamento su alcune questioni capitali nella gestione dei contratti di appalto. Nella prospettiva di una maggiore semplificazione e facilità di applicazione, si interviene sul subappalto e si assiste ad un parziale ritorno al regolamento “unico” (sebbene quest'ultimo accorpi solo dieci degli oltre cinquanta atti attuativi previsti dal codice).

Osservando il quadro generale, ciò che emerge è che la riforma è ancora a tutt'oggi sulla carta. Vi sono istituti che non hanno ancora avuto le norme di attuazione (qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori, digitalizzazione delle procedure). Istituti sospesi (commissari di gara

esterni, subappalto, separazione tra affidamento della progettazione e dell'esecuzione, centralizzazione della committenza per i comuni non capoluogo). Istituti prorogati (in particolare proroghe in tema di gare per le concessioni scadute e per gli obblighi di esternalizzazione dei concessionari), o eliminati (priorità dell'OEPV per gli appalti di lavori).

Tra promesse mancate e mutamenti di rotta, il risultato finale è che il codice dei contratti pubblici necessita ancora di soluzioni efficienti nell'uso delle energie di cui dispone l'amministrazione.

Tutto ciò mentre, nel primo quadrimestre del 2019, il mercato degli appalti è tornato a crescere. Come dimostrano i dati del rapporto ANAC, rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente, il comparto ha fatto registrare un aumento del 12,3% per numero di procedure e del 36,8% per importo complessivo (+15 mld).

Questo risultato è dovuto soprattutto ad appalti di grandi dimensioni, in particolare quelli banditi da centrali di committenza e soggetti aggregatori nel settore della sanità, che hanno comportato un aumento del 164,2% nel settore delle forniture ordinarie e del 157,3% nelle gare di importo superiore ai 25 mln.

Da segnalare anche la crescita della fascia 40-150 mila euro, per i quali la Legge di Bilancio ha consentito per il 2019 l'affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici: sommando il settore ordinario e quello speciale, gli appalti sono cresciuti del 18% (+337 mln), una percentuale inferiore rispetto alla tendenza rilevata a livello generale.

Di conseguenza, ci troviamo di fronte ad un importante comparto economico, quello dei contratti pubblici, *apparentemente in salute* dal punto di vista numerico, eppure *perennemente afflitto* da misure legislative e regolamentari poco efficienti. Sotto questo profilo, nel mio intervento mi

soffermerò su tre macro-temi di interesse generale, che sono il regolamento unico, il subappalto e le semplificazioni nei contratti sotto soglia che possono essere di immediato interesse rispetto ad interventi di efficienza energetica.

2. Il regolamento unico

Il D.L. n. 32/2019 e la legge di conversione n. 55/2019, a distanza di tre anni dall'entrata in vigore del nuovo codice, incidono sullo stesso mediante novella e ne correggono in modo significativo l'originaria impostazione.

In un'ottica di semplificazione delle fonti attuative, il regolamento *unico* raggruppa alcune norme di esecuzione e attuazione in precedenza demandate a diversi atti attuativi. Nondimeno, non è *l'unico* atto attuativo giacché restano in vigore per alcune materie le linee guida vincolanti dell'ANAC (in particolare, restano in vita ben 43 atti attuativi a cui il regolamento si aggiunge).

L'oggetto del regolamento unico è così individuato: 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.

È un regolamento di esecuzione e attuazione. Da adottarsi con le forme del procedimento di cui all'art. 17, comma 1, lett. a) e b), L. n. 400/1988. È emanato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione

del Consiglio dei ministri, sentito il parere del Consiglio di Stato; è sottoposto al visto ed alla registrazione della Corte dei conti e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale. La proposta è del MIT, di concerto con il MEF, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano.

Nelle more dell'approvazione del regolamento "unico", restano transitoriamente efficaci gli atti attuativi già adottati. Dalla data di entrata in vigore della novella, è venuta meno la potestà di adozione di atti attuativi nelle materie ora attribuite al regolamento unico, e pertanto gli atti attuativi già adottati non possono essere modificati con il procedimento precedente.

Il passaggio da atti attuativi di *soft law* (sebbene vincolanti) al regolamento unico di cui almeno la natura è certa, fa porre questioni esegetiche di ulteriori norme del codice, maturate in un contesto in cui il regolamento tradizionale non era più fonte ammessa del diritto dei contratti pubblici.

Basti pensare alla regola della tassatività delle cause di esclusione: nel vigore del codice del 2006, declinata nel senso che le cause di esclusione potessero essere previste solo dal codice, dal regolamento e dalle altre leggi vigenti, e invece declinata, dal codice del 2016, nel senso che le cause di esclusione possono essere previste solo dal codice e da altre leggi vigenti (art. 83, comma 8 codice).

Rispetto alla disciplina previgente, il codice del 2016 restringe l'ambito delle fonti normative che possono fissare cause di esclusione, ponendo una riserva di legge assoluta. Sicché non è consentito che cause di esclusione ulteriori possano essere previste da fonti regolamentari. Tuttavia quando l'art. 83, comma 8, in commento è stato concepito, non era più previsto il regolamento "tradizionale", prevedendosi solo il codice e linee guida;

sicché sembrava ovvio precludere alle linee guida di prevedere cause di esclusione non contemplate dal codice.

Insomma, con lo Sblocca Cantieri viene ripristinato il regolamento unico, e sorge la questione se esso potrà, come nel vigore del codice del 2006, prevedere cause di esclusione ulteriori, o se ciò resta comunque precluso dalla tassativa previsione dell'art. 83, comma 8.

3. Il subappalto

Per prevenire infrazioni dell'Unione europea e in ossequio ai rilievi della Commissione, con tale intervento riformatore il legislatore ha sospeso l'istituto della terna dei subappaltatori fino al 31 dicembre 2020 e per l'effetto è stata anche sospesa fino al 31 dicembre 2020 l'applicazione dell'art. 80, comma 1 e comma 5, quanto alla verifica in gara dei requisiti generali nei confronti dei subappaltatori in caso di terna obbligatoria. Come noto, la versione originaria del decreto non si limitava a sospendere l'istituto della terna, ma lo abrogava, e per l'effetto novellava i comma 1 e comma 5 dell'art. 80 espungendo il riferimento alla terna dei subappaltatori.

In particolare, la Commissione europea aveva contestato all'Italia il non corretto recepimento delle direttive del 2014 in materia di subappalto sotto tre diversi profili.

In primo luogo, viene in rilievo il tema dei limiti quantitativi del subappalto, contemplati nel comma 2 e nel comma 5 dell'art. 105, in quanto ad avviso della Commissione «nelle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE non vi sono disposizioni che consentano un siffatto limite obbligatorio all'importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato». Ad avviso della Commissione «al contrario, le direttive si basano sul principio secondo cui occorre favorire una maggiore

partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici, e il subappalto è uno dei modi in cui tale obiettivo può essere raggiunto», e pertanto un limite quantitativo al subappalto non può essere imposto in astratto, ma solo caso per caso in relazione alla particolare natura della prestazione da svolgere.

In secondo luogo, è oggetto di procedure di infrazione la prescrizione relativa alla terna obbligatoria dei subappaltatori, osservando la Commissione che sebbene le direttive prevedano che le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere agli operatori di indicare nelle loro offerte “i subappaltatori proposti”, una disposizione quale l’art. 105, comma 6, che obbliga gli offerenti ad indicare sempre tre subappaltatori, anche qualora all’offerente ne occorranza meno di tre, viola il principio dell’Unione europea di proporzionalità. Inoltre la disposizione italiana è resa ancor più sproporzionata dal fatto che viene interpretata e applicata dalle Autorità italiane nel senso che gli operatori sono obbligati ad indicare nelle loro offerte una terna di subappaltatori anche quando, in realtà, essi non intendono fare ricorso a nessun subappaltatore.

In terzo luogo, l’autorità sovranazionale si è occupata del divieto per i subappaltatori di subappaltare a loro volta, ai sensi dell’art. 105, comma 19, in quanto ad avviso della Commissione tale divieto non è pacificamente desumibile dalle direttive.

Il d.l. n. 32/2019 recava nella versione originaria un parziale adeguamento dell’art. 105 ai rilievi della Commissione europea in quanto: *a)* modificava il limite generale del subappalto, portandolo dal 30% al 50% dell’importo contrattuale (art. 105, comma 2); *b)* aboliva la terna obbligatoria (art. 105, comma 6).

Viceversa, in sede di conversione, la l. n. 55/2019 ha operato sul subappalto un intervento minimale e transitorio, dando una parziale e temporanea risposta alla procedura di infrazione.

Si tratta di un intervento che non novella il codice, ma, restando “extravagante”, si limita a sospendere alcune norme e a derogare ad altre. In particolare, viene imposto come limite quantitativo del subappalto il 40% dell’importo complessivo del contratto di lavori, servizi e forniture; tanto, in dichiarata deroga all’art. 105, comma 2, codice, che resta in vigore, e solo temporaneamente, fino al 31 dicembre 2020. Sicché viene elevato dal 30% al 40% il limite al subappalto, e solo temporaneamente, laddove la versione originaria del decreto lo elevava al 50%, e a regime.

Quanto alla terna dei subappaltatori, essa non viene formalmente abrogata, ma solo sospesa, fino al 31 dicembre 2020: in particolare è sospesa l’applicazione dell’art. 105, comma 6 e dell’art. 174, comma 2, terzo periodo.

Per effetto della sospensione della terna dei subappaltatori vengono anche sospese, fino al 31 dicembre 2020, le verifiche dei requisiti *ex art. 80* nei confronti del subappaltatore, fatte in sede di gara, nelle ipotesi di terna obbligatoria (art. 80, comma 1 e comma 6); ovviamente devono continuare a farsi le verifiche *ex art. 80* sui subappaltatori a valle dell’aggiudicazione.

Si stabilisce, infine, che il subappalto va indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara. Sembra dunque possibile che il bando limiti motivatamente il subappalto in relazione alla natura delle prestazioni.

Indirettamente connessa con la disciplina del subappalto è poi la previsione di una nuova causa di esclusione, nel corpo dell’art. 80, introdotta dalla l. n. 55/2019. Vanno esclusi gli operatori economici che abbiano commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più

subappaltatori, grave inadempimento che deve essere riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato.

Il decreto correttivo del 2017 ha previsto inoltre una specifica ipotesi di conflitto di interesse stabilendo che non può essere *subappaltatore* un soggetto che abbia partecipato a monte alla procedura per l'affidamento dell'appalto (art. 105, comma 4, lett. a). Si tratta di una previsione finalizzata a prevenire i conflitti di interesse e turbative della gara, che dà soluzione a una questione sorta in giurisprudenza, in ordine alla possibilità o meno di escludere dalla gara un soggetto che concorresse come operatore ed era al contempo indicato, da altro concorrente, come subappaltatore.

Sul tema dei limiti al subappalto merita menzione poi il recente contributo della giurisprudenza dell'Unione. La Corte di giustizia europea (26 settembre 2019, in causa C-63/18) ha confermato l'incompatibilità europea della disposizione prevista dall'art. 105, comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016 che limita il ricorso al subappalto al 30% dell'importo delle opere. Secondo il giudice sovranazionale – a seguito del rinvio pregiudiziale operato dal TAR Lombardia n. 148 del 2019 – il divieto, generalizzato e indiscriminato, di ricorrere al subappalto per oltre il 30% dell'importo complessivo non solo contrasta con il principio di proporzionalità ma è anche contrario alla normativa dell'Unione.

Premesso che non vi sono disposizioni europee che impongono un limite prestabilito al subappalto, il ricorso al subappalto non può essere contrastato, essendo uno dei mezzi che consente l'accesso delle piccole e medie imprese (PMI) alle gare d'appalto pubblico, esso contribuisce al perseguimento di un interesse fondamentale dell'Unione, quello di incrementare la partecipazione alle gare e favorirne la più ampia concorrenza.

La Corte ha evidenziato che, anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere una misura idonea a contrastare il fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici, una restrizione come quella propria dell'ordinamento italiano eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo.

Ne discende che le direttive europee devono essere interpretate nel senso che ostano ad una normativa nazionale che limiti al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

4. Le semplificazioni nei contratti sotto soglia

Il decreto Sblocca Cantieri opera una riscrittura delle regole in materia di appalti sotto soglia nell'obiettivo di una massima semplificazione e di una maggiore flessibilità delle procedure.

Se resta invariata la procedura per gli affidamenti diretti di contratti di importo inferiore a 40.000 euro (art. 36, comma 2, *lett. a*), viene modificata la procedura di cui all'art. 36, comma 2, *lett. b*), ossia quella chiamata "procedura negoziata" che prende il nome di "affidamento diretto".

In particolare, non cambia il limite di importo per i lavori (fino a 150.000 euro), ma si riduce *da dieci a tre* il numero minimo di preventivi da valutare per i lavori, mentre *resta di cinque* il numero minimo di operatori da valutare per servizi e forniture. Viene inoltre estesa a questa procedura la possibilità di affidamento diretto sulla base della sola determina a contrarre o atto equivalente.

La formula impiegata può essere fonte di equivoci esegetici. Eppure non sembra che la diversa espressione letterale utilizzata per i lavori ("valutazione di preventivi") e per i servizi e forniture ("valutazione di operatori") risponda in fin dei conti ad un diverso significato sostanziale.

Poi si prevede che l'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e fino a 350.000 euro avvenga previa consultazione, se esistenti, di almeno *dieci* operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (art. 36, comma 2, *lett. c*).

La stessa procedura potrà prendere forma (differendo solo il numero minimo di operatori economici da consultare) per affidamenti di *lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e fino a 1.000.000 di euro*, previa consultazione, se esistenti, di almeno *quindici* operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (art. 36, comma 2, *lett. c bis*). Come noto, queste ultime due procedure (lettere c) e c bis) integrano i casi tassativi, secondo il diritto dell'Unione europea, in cui sono ammesse le procedure negoziate senza bando.

Per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie dell'art. 35 si prevede la sola procedura aperta (dell'art. 60) con applicazione delle regole sull'esclusione automatica delle offerte anomale (art. 36, comma 2, *lett. d*).

A ciò si aggiunga che la posposizione della verifica dei requisiti è divenuta regola generale, ed in questo contesto è stato abrogato il comma 5 dell'art. 36, che prevedeva la verifica obbligatoria sull'aggiudicatario e facoltativa sugli altri concorrenti.

Infine, le norme di dettaglio sugli affidamenti sotto soglia – fortemente ridimensionate – vengono sottratte alle linee guida dell'ANAC e affidate al regolamento “unico”. Quest'ultimo recherà le norme attuative relative, ad esempio, alle procedure; alle indagini di mercato; alle modalità di rotazione degli inviti, nonché alle modalità di verifiche sull'affidatario.

Mentre per gli acquisti *tramite mercato elettronico* si stabilisce ora che i controlli sui requisiti generali dell'art. 80 si fanno a campione al solo fine dell'ammissione e permanenza nel mercato elettronico, e che nelle singole gare si fa sul solo aggiudicatario il controllo sui requisiti generali e speciali. Il controllo sui requisiti generali dell'art. 80 nei confronti dell'aggiudicatario si fa solo se lo stesso non rientra tra gli operatori economici controllati a campione nella fase di ammissione e permanenza nel mercato elettronico.

In conclusione, sebbene il legislatore nazionale abbia cercato di sfruttare i ridotti spazi di flessibilità consentiti dal diritto dell'Unione europea, il decreto Sblocca Cantieri viene in sostanza a rimeditare alcune scelte operate con il codice e chiede alle stazioni appaltanti di riorganizzarsi di conseguenza. La maggiore qualità degli appalti pubblici sembra rimanere sulla carta. Le regole appaiono ancora rigide e di difficile applicazione. In una battuta: non sono disegnati in questo ennesimo intervento riformatore strumenti innovativi al fine di riuscire a "*fare di più con meno*" nel rispetto della filosofia dell'efficienza energetica.