



Legislatura 18ª - 2ª Commissione permanente - Resoconto sommario n. 91 del 09/05/2019

PARERE APPROVATO DALLA COMMISSIONE SUL DISEGNO DI LEGGE N. 1248 E SUI RELATIVI EMENDAMENTI

La Commissione, esaminato il provvedimento in titolo, per quanto di competenza, esprime parere favorevole con le seguenti osservazioni:

premesso che:

- all'articolo 1, comma 1, lettera n) n. 5, la novella sostituisce il comma 5, lettera b) dell'articolo 80, sulle cause di esclusione dalle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici. Nel modificare la citata lettera b), la novella in esame sancisce l'esclusione dell'operatore economico che sia stato sottoposto a fallimento (anziché si trovi in stato di fallimento) o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dagli articoli 110 e 186-bis del Regio Decreto n. 267 del 1942, che disciplina il concordato con continuità aziendale (dalla disposizione in esame, viene, quindi, espunto il riferimento esplicito al concordato con continuità aziendale, e si aggiunge il rinvio all'art. 186-bis del citato Regio Decreto del 1942; la previgente lettera b) rinviava, infatti, al solo articolo 110);

la normativa indicata reca la disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa;

l'articolo 2 del decreto-legge in esame reca disposizioni sulle procedure di affidamento in caso di crisi di impresa, novellando l'articolo 110 del codice dei contratti pubblici in materia di procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione;

a) valutino le Commissioni di merito, poiché l'articolo 110 indicato nella norma sembra essere la relativa norma del codice, e non del regio decreto, l'opportunità di formulare correttamente la disposizione;

b) in merito all'articolo 3 rubricato disposizioni in materia di semplificazione della disciplina degli interventi strutturali in zone sismiche valutino le Commissioni di merito una possibile specificazione della formulazione della norma, in particolare laddove la stessa fa riferimento ad opere realizzate con materiali e sistemi costruttivi disciplinati dalle norme tecniche in vigore, al fine di chiarire l'ambito applicativo della disposizione; ciò, anche in considerazione della rilevanza, anche penalistica, della disposizione (per il caso di omessa denuncia delle opere) nel sistema del TU in materia edilizia, al fine di garantire l'osservanza del principio costituzionale di determinatezza e tassatività delle fattispecie di reato;

c) valutino le Commissioni in merito all'articolo 4 (commi 2 e 3) la necessità di introdurre un regime derogatorio relativo alla tutela di beni culturali e paesaggistici e per quelli di tutela ambientale.

- Premesso inoltre che in materia di tutela di beni culturali e paesaggistici viene stabilito il principio del silenzio-assenso per il rilascio di determinati atti amministrativi propedeutici all'approvazione del progetto; sempre in materia di tutela ambientale i termini dei relativi procedimenti sono dimezzati (valutazione ambientale strategica, valutazione d'impatto ambientale, provvedimento unico ambientale statale, provvedimento unico ambientale regionale, l'autorizzazione integrata ambientale, l'autorizzazione paesaggistica); si attribuiscono ai Commissari straordinari le funzioni di stazione appaltante per l'esecuzione degli interventi previsti;

d) tenuto conto della pluralità di procedimenti autorizzativi in questione a fini di chiarezza normativa, valutino le Commissioni di merito l'opportunità anche alla luce del rilievo costituzionale degli interessi tutelati, di specificare la disposizione con il richiamo degli idonei riferimenti normativi i procedimenti in materia ambientale e di tutela dei beni culturali e paesaggistici i cui termini risultano oggetto di semplificazione.

e) Considerata l'ampiezza dei poteri derogatori alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici riconosciuti ai Commissari straordinari, si ritiene opportuno prevedere l'obbligo di motivazione delle deroghe in oggetto e altresì la compatibilità di tali deroghe rispetto alle disposizioni del Codice delle leggi antimafia (d.lgs. n. 159 del 2011) e ai vincoli posti dall'ordinamento dell'Unione europea.

- Relativamente all'articolo 1, comma 1 lettere c) e l):

la lettera c), che sopprime il secondo, il terzo e il quarto periodo dell'articolo 29, comma 1, del Codice dei contratti pubblici in cui sono disciplinati i principi in materia di trasparenza, è volta ad escludere la pubblicazione nella sezione "Amministrazione trasparente" dei provvedimenti di esclusione dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici (cosiddetta pubblicità che produce effetti legali).

La modifica in esame è tesa al coordinamento delle disposizioni dell'articolo 29 con la soppressione del cosiddetto rito super accelerato di cui al comma 4.

La lettera l) novella l'articolo 76 del codice in materia di informazione dei candidati e degli offerenti, prevedendo che ai candidati e ai concorrenti venga dato avviso - con le modalità del Codice dell'amministrazione digitale (o strumento analogo negli altri Stati membri) - del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa, con l'indicazione dell'ufficio o del collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti.

Tale novella si rende necessaria a fini di coordinamento con la novella che sopprime il secondo, il terzo e il quarto periodo dell'articolo 29, comma 1, del Codice dei contratti pubblici in cui sono disciplinati i principi in materia di trasparenza; la suddetta novella è volta ad escludere la pubblicazione nella sezione "Amministrazione trasparente" dei provvedimenti di esclusione dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici (cd. pubblicità che produce effetti legali).

Le modifiche agli articoli 29 e 76 del Codice dei Contratti Pubblici sono correlate alla soppressione del cosiddetto rito superspeciale di cui all'articolo 120 comma 2-bis cpa da parte dell'articolo 1 commi 4 e 5 del decreto-legge da convertire.

In relazione alla coerenza logica e sistematica di tali novelle si osserva che mentre appare opportuna e necessaria l'abrogazione delle previsioni di cui al secondo, al terzo e al quarto periodo del comma 1 dell'articolo 29 del Codice dei contratti pubblici, non appare coerente l'inserimento del comma 2-bis all'articolo 76 ove si prevede un espresso riferimento nelle comunicazioni (da effettuare ai sensi del comma 5 della medesima norma) anche alle ammissioni alla fase di offerta essendo provvedimenti che non dovrebbero al contrario avere più rilievo alla luce della soppressione dell'obbligo di impugnazione immediata dell'ammissione e esclusione dalla gara.

f) Si invita quindi a valutare l'opportunità della soppressione del nuovo inciso apportato dal decreto-legge all'articolo 76 del Codice.

- Relativamente all'articolo 1, comma 1, lettera m):

la norma novella l'articolo **77** del codice in materia di commissione giudicatrice, prevedendo che, per il caso di indisponibilità o di disponibilità insufficiente di esperti iscritti nella sezione ordinaria dell'Albo ai fini della compilazione della lista dei candidati alla formazione della commissione, la commissione stessa sia nominata, anche solo parzialmente, dalla stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, tenendo conto delle specifiche caratteristiche del contratto da affidare e delle connesse competenze.

La norma sembra rispondere alle criticità evidenziate in ordine all'attuazione dell'articolo 77 del nuovo codice, superato il regime transitorio previsto per la nomina delle Commissioni giudicatrici, come segnalato anche dall'Autorità nazionale anticorruzione (che ha formulato una proposta di modifica normativa parzialmente coincidente con la novella recata dal decreto-legge).

Trattasi di disposizione che appare di sicura agevolazione per le stazioni appaltanti, ma potrebbe non essere sufficiente per garantire una reale semplificazione.

g) A tal fine, va valutata l'opportunità di procedere a una soppressione totale dell'Albo dei Commissari presso l'ANAC, da molti ritenuto più una disposizione di favore per i tecnici esterni, piuttosto che una efficace misura anticorruzione e produce comunque rallentamenti e complicazioni nel procedimento di gara che in un'ottica di bilanciamento costi - benefici potrebbe non risultare giustificata.

- Relativamente all'articolo 1, comma 1, lettera mm) n. 7:

la disposizione in esame introduce il nuovo comma 27-*octies* il quale prevede l'emanazione, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della stessa disposizione (vale a dire entro il 16 ottobre 2019), di un regolamento "unico" di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice.

Si ricorda che l'emanazione di "un unico regolamento per dettare la disciplina esecutiva ed attuativa" è prevista anche dall'art. 1, comma 7, del disegno di legge recante "Delega al Governo per la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l'integrazione della normativa in materia di contratti pubblici" (Atto Senato n. 1162).

Nelle more dell'emanazione del nuovo regolamento unico, la norma in esame prevede che continuano ad applicarsi (più precisamente la norma dispone che "rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento unico") le linee guida e i decreti disciplinanti le seguenti materie, emanati in attuazione delle disposizioni (previgenti) del Codice:

- requisiti degli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria;
- nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento;
- modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure "sottosoglia", delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici;
- opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione;
- controllo tecnico, contabile e amministrativo e verifica di conformità (ex art. 111, commi 1 e 2, del testo previgente);
- lavori concernenti i beni culturali;

Il comma 3 disciplina l'applicabilità delle disposizioni recate dai commi 1 e 2, stabilendo che le stesse si applicano alle sole procedure "nuove", cioè:

- alle procedure i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto;
- nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

Con l'articolo 1, comma 1, lettera mm, n. 7) viene inserito nell'articolo 216 del Codice dei contratti pubblici il seguente comma 27-*octies*:

"Nelle more dell'adozione, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-Regioni, di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma."

La scelta di tornare al Regolamento unico appare opportuna, perché la *soft law* non ha dato buona prova di sé. Se, da un lato, i provvedimenti di *soft law* si caratterizzano per un maggior grado di flessibilità e di capacità di adattamento all'evoluzione delle fattispecie operative, dall'altro lato, rischiano di generare maggiore incertezza sia in termini di dettaglio delle regole, sia in merito alla relativa portata prescrittiva. È sempre più avvertita dalle amministrazioni l'esigenza di certezza e stabilità delle situazioni giuridiche in tale materia.

Tuttavia, appare improprio che l'emanazione di un nuovo "Regolamento unico", diretto a superare la scelta originaria del Codice in favore della cosiddetta *soft law*, venga prevista tra le disposizioni transitorie e finali; la sede senz'altro migliore per tale previsione appare l'articolo 1 del Codice, come del resto era stato previsto in una delle prime versioni del decreto, nella quale era inserito un comma 7-*bis* del seguente tenore "Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentiti, per quanto di rispettiva competenza, il Ministro per i beni e le attività culturali, il Ministro dell'ambiente e della tutela del

territorio e del mare, nonché il Consiglio superiore dei lavori pubblici, l'ANAC e la Conferenza Unificata, previo parere del Consiglio di Stato, è adottato, entro novanta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, un regolamento unico recante le disposizioni attuative ed esecutive del presente codice ..." ed erano state altresì elencate le materie disciplinate dal regolamento medesimo, come segue: "... in particolare nelle seguenti materie: 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) requisiti degli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria; i) lavori riguardanti i beni culturali."

In tal modo veniva previsto un "vero" Regolamento attuativo, con indicazione delle materie soggette a regolamentazione (al pari di quanto stabilito per i previgenti Regolamenti n. 554/1999 e n. 207/2010, attuativi rispettivamente della legge n. 109/1994 e del decreto legislativo n. 163/2006). Nel caso di specie, invece, non vi è elencazione delle materie.

Per come è scritto, l'articolo 216 comma 2-octies, introdotto dal decreto-legge, sembra avere un limite contenutistico, nel senso che pare diretto a sostituire soltanto i provvedimenti attuativi ivi elencati (*le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2*). Se così intesa, la disposizione - a dispetto della ratio del provvedimento e della qualificazione del Regolamento - può portare a una complicazione anziché a una semplificazione della disciplina, in quanto il Regolamento non sarebbe affatto "unico", ma si andrebbe ad affiancare ai numerosi ulteriori atti attuativi previsti in altre norme del Codice.

h) Se si vuole davvero realizzare una semplificazione delle fonti di disciplina della materia dei contratti pubblici, occorre che il Regolamento sia davvero Unico e, quindi, che sia disposto che il Regolamento Unico è diretto a sostituire, dalla sua data di entrata in vigore, tutti i provvedimenti attuativi già emanati, e a contenere tutti quelli ancora da emanare, con puntuale indicazione dei provvedimenti stessi.

- Relativamente all'articolo 1, commi 4 e 5:

Il comma 4 alla lettera a) abroga i commi 2-bis e 6-bis dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo (decreto legislativo n. 104 del 2010) realizzando così la soppressione del c.d. rito super accelerato previsto per impugnare davanti al giudice amministrativo i provvedimenti relativi all'ammissione alle gare di appalto per motivi attinenti ai requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali dell'appaltatore. Il procedimento si svolge in camera di consiglio con termini molto più spediti rispetto a quelli ordinari previsti per gli altri riti del processo amministrativo.

In seguito all'abrogazione, i vizi della fase di ammissione alla gara potranno essere sollevati nelle forme ordinarie. Si noti che attualmente pende innanzi alla Corte costituzionale un ricorso proprio avverso le disposizioni abrogate dal decreto-legge, che, secondo alcuni, comprimono il diritto di difesa ex articolo 24 della Costituzione, in nome della speditezza del processo.

Alle lettere da b) a e) si dispongono modifiche di coordinamento all'articolo 120 del codice del processo amministrativo in coerenza con l'abrogazione dei commi 2-bis e 6-bis.

Il comma 5 dispone che l'abrogazione del rito si applichi ai processi iniziati dopo l'entrata in vigore del decreto-legge.

Si valuta positivamente il comma 4. Alla stregua della riforma, non vi è più alcun onere di immediata impugnazione delle ammissioni dei concorrenti ad una gara prima dell'aggiudicazione della stessa e, di conseguenza, non vi è più alcun margine di preclusione per l'impugnazione di tali profili legati alla fase di prequalifica in quella sede; profili che potranno dunque farsi valere da attivarsi eventualmente in ragione del posizionamento dei concorrenti medesimi nella graduatoria finale della procedura, nell'intento di ottenere il bene della vita che, nel caso di specie, è costituito dall'aggiudicazione e dalla stipula del contratto.

Quanto al comma 5, esso concerne il profilo del diritto transitorio ("*Le disposizioni di cui al comma 4 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto*").

Per la soppressione delle norme inerenti al rito super speciale nel decreto-legge è stato assunto quale riferimento temporale - non già la pubblicazione del bando di gara o la spedizione dell'invito, vale a dire il momento dell'avvio della procedura di affidamento - bensì l'inizio del

processo.

Ciò può complicare la corretta applicazione del nuovo regime perché può non essere chiaro quale sia il momento in cui un giudizio può dirsi "iniziato", con conseguente non agevole individuazione del regime applicabile (ad esempio, nel caso in cui il ricorso venga notificato prima dell'entrata in vigore del Decreto ma venga depositato dopo tale entrata in vigore).

Né può escludersi che, nell'ambito di una procedura di gara a tutt'oggi in corso e che sia stata caratterizzata dalla proposizione di ricorsi relativi all'ammissione e/o all'esclusione di concorrenti, regolati secondo il rito super speciale prima dell'entrata in vigore del decreto, intervenga dopo l'entrata in vigore un provvedimento di aggiudicazione che possa legittimare l'impugnazione congiunta di tale provvedimento e di eventuali vizi attinenti alla fase di ammissione, con sovrapposizione dei riti.

i) Si invita quindi a valutare l'opportunità di stabilire in termini più precisi il momento di decorrenza dell'abrogazione del rito superspeciale.

- Relativamente all'articolo 1, comma 1, lett. f) n. 7:

Per accelerare le procedure di affidamento, negli appalti sotto soglia comunitaria sono state introdotte modifiche al criterio di aggiudicazione: è stata eliminata la preferenza verso quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (oepv) per restituire rilevanza a quella del minor prezzo (il quale non comporta valutazioni discrezionali in merito ai profili tecnico-qualitativi dell'offerta). Inoltre, è stato eliminato il limite del 30 per cento al valore del punteggio economico.

Tali modifiche, pur nel condivisibile intento di semplificazione, presentano possibili rischi connessi sia alla diminuzione di qualità del prodotto, che non viene più premiata adeguatamente (essendo sufficiente che lo stesso risponda alle minime specifiche tecniche previste dalla legge di gara), sia alla possibile strumentalizzazione della procedura concorsuale.

Inoltre, nel d.l. 32/2019 l'integrazione dell'articolo 36 del codice dei contratti con il comma 9-bis, non è stata coordinata con la previsione del successivo articolo 95, comma 5, ai sensi del quale *"Le stazioni appaltanti che dispongono l'aggiudicazione ai sensi del comma 4 [vale a dire sulla base del criterio del minor prezzo] ne danno adeguata motivazione e indicano nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta"*.

Pertanto, a seguito del decreto, nell'ambito del sotto soglia comunitario occorre motivare perché si sceglie il criterio dell'oepv invece del minor prezzo; dall'altro lato, nel sopra soglia (ma, non è chiaro se anche nel sotto soglia) occorre motivare perché si sceglie il minor prezzo, invece dell'oepv.

l) Si invita quindi a valutare i possibili profili di criticità della disposizione e un migliore coordinamento tra gli artt. 36 comma 9-bis e 95 comma 5 del Codice.

La Commissione esprime inoltre parere non ostativo sugli emendamenti.