

Appalti: il falso mito che le procedure sotto soglia "semplificate" siano più semplici di quelle ordinarie (del dott. Luigi Oliveri)

Dopo il cosiddetto "sblocca cantieri", d.l. 32/2019, convertito in legge 55/2019, si è riaperto l'inseguimento verso la "semplificazione", acuito ora dalla bozza di regolamento di attuazione del codice dei contratti.

Vi è un accanimento spasmodico a trovare il modo di affidare per forza tutto in modo "semplificato": direttamente senza preventivi, direttamente con preventivi, a pochi, a 5, a 10, [1] con problemi immensi relativamente all'individuazione di criteri credibili di selezione a monte dei soggetti con cui relazionarsi e, soprattutto, senza riuscire a venir mai fuori dal folle principio di rotazione. Sul quale, tra ANAC, TAR, Consiglio di stato e tutti, dal Mago Otelma fino al custode della scuola, hanno affermato tutto e il suo contrario.

Ma, davvero vale la pena non fare la preventiva determinazione a contrattare (non impegnando la spesa...), non attivare alcun principio di gara, impegnarsi a capire e poi spiegare, con motivazioni estremamente complesse, perché non si fa una procedura ordinaria, e perché si inviano preventivi invece di inviti, e perché si compulsano certe aziende invece di altre, e perché si applica o no la rotazione e perché si adotta o no un criterio selettivo e perché si attiva o no una commissione e perché si affida invece di aggiudicare? Ma non è molto più semplice delle procedure semplificate utilizzare le procedure ordinarie?

Il d.l. 32/2018 [2] è intervenuto, come noto, in modo da provare a razionalizzare il Moloch rappresentato dall'articolo 36 del d.lgs 50/2016, modificando il comma 2, lettera d) il cui testo attualmente è: *“per i lavori di importo pari o superiore a 200.000 euro [3] e fino alle soglie di cui all'articolo 35 mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8”*.

L'ANAC, piuttosto parca in valutazioni di impatto nel precedente triennio – molto tribolato – di vita del codice dei contratti, si è prodotta in un approfondimento sugli effetti del d.l. sblocca-cantieri, rivelatosi sostanzialmente qualcosa di molto simile ad una filippica.

Per quanto concerne specificamente il tema degli affidamenti di lavori regolati dall'articolo 36, comma 2, lettera d), come modificato dallo "sblocca cantieri" ecco come si esprime l'Autorità: ***“la sensibile riduzione dei margini entro cui è possibile ricorrere alla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori, se è da guardarsi favorevolmente sotto il profilo pro-concorrenziale, non è forse lo strumento più idoneo al perseguimento degli obiettivi di snellimento e semplificazione, in quanto amplia considerevolmente l'ambito di***

¹ In verità, ancora peggio, leggasi «a 3, a 5, a 10, a 15».

² Si tratta di un refuso, leggasi «d.l. 32/2019».

³ Dopo l'approvazione della legge di conversione n. 55 del 2019, leggasi «per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro».

applicazione delle procedure aperte che, come premesso, non prevedendo una fase preliminare di selezione dei partecipanti, soprattutto in un mercato così popolato come quello delle imprese di lavori medio-piccole, **rischiano di registrare un numero altissimo di partecipanti**. Di contro, l'estrema e, si ritiene, eccessiva contrazione del numero minimo degli operatori (3) da invitare alle procedure negoziate di lavori di valore inferiore a 200.000,00 euro (art. 36, comma 2, lett. b) [4] rischia di non consentire nella maggior parte dei casi l'esclusione automatica delle offerte che superano la soglia di anomalia, per la quale è richiesta la presenza di almeno 10 offerte ammesse (art. 97, comma 8)".

Riavvolgiamo un attimo il nastro. Ma, esattamente, cosa è che vogliamo? Rispettare il principio di concorrenza? Oppure restringere il mercato?

Sembra evidente che anche l'ANAC sia caduta nell'equivoco tipico della stampa generalista, poco composta di adeguato numero di veri esperti del settore, o della politica, secondo le quali la "semplificazione" consiste nel ridurre gli adempimenti della gara.

A tutti, invece, è noto che i problemi per l'avvio dei cantieri sono legati alle fasi lunghissime della progettazione, che prevedono un quantitativo immenso di autorizzazioni di vario tipo e di vari enti, oltre che procedure di gara a loro volta non semplicissime per l'individuazione dei progettisti, cui seguono anche complesse attività per la validazione dei progetti. Dall'idea di attivare un lavoro, alla sua programmazione, all'impegno della spesa per giungere alla sola progettazione, senza che sia ancora nemmeno immaginabile far partire un cantiere, passano da quasi un anno per lavori di manutenzione o di basso importo o molto standardizzati, a 5, 6, 7 anche 8 anni per opere più complesse.

Il sistema di gara, rispetto a questi tempi, è del tutto neutrale ed indifferente. Non ha alcuna possibilità di influenzarli, ridurli o anticiparli.

Ancora maggiori, poi, sono le complicazioni procedurali nella gestione operativa degli appalti una volta aggiudicati.

Ma, chissà perché passa l'idea che la semplificazione riguardi la fase della gara e che per ottenerla occorra, nella sostanza, eliminare la gara.

Ora, tornando alla veemente critica dell'ANAC sul tema. Nello stesso lavoro di commento al d.l. 32/2019 l'Autorità sottolinea: "**L'incertezza giuridica del quadro normativo di settore influisce inevitabilmente sul corretto svolgimento del mercato degli appalti pubblici**. Si osserva, infatti, che laddove il **dato normativo si presenta frammentato e non chiaro**, si incorre nel rischio di un'applicazione errata o distorta delle disposizioni di riferimento, di un allungamento dei tempi occorrenti per lo svolgimento delle procedure di aggiudicazione, oltre che della fase di esecuzione dei relativi contratti, di un

⁴ L'orientamento di ANAC riportato si riferisce alla versione del decreto-legge n. 32 del 2019 prima della conversione in legge in occasione della quale la soglia di cui all'articolo 36, comma 2, lettera b) è stata abbassata a 150.000 euro per i lavori; tuttavia la critica resta attuale e può essere estesa anche alle fattispecie di cui alle lettere c) e c-bis) del comma 2 che hanno introdotto un soglia intermedia di 350.000 euro e un'estensione della procedura "semplificata" fino a 1.000.000.

conseguente aumento del contenzioso. Sotto altro profilo, un quadro giuridico confuso non favorisce la concorrenza, scoraggiando gli investimenti anche di imprese estere e, questione da evidenziare, può favorire la commissione di eventi corruttivi. È quindi evidente il rischio che al continuo mutamento delle norme di settore, consegua un non corretto esercizio dell'azione amministrativa nel settore contrattuale pubblico”.

Torniamo all'articolo 36. Possiamo, forse, affermare che il dato normativo relativo agli appalti cosiddetti “semplificati” ivi regolati sia:

1. unitario, cioè, non frammentato?
2. definito e non caratterizzato da continui interventi normativi?
3. chiaro?

Sulla frammentarietà, forse l'ANAC ha dimenticato un dettaglio, però non trascurabile: l'articolo 36 è completato dalle Linee Guida 4: a fronte di un unico articolo, ben 17 pagine di indicazioni operative. La disciplina del sotto soglia, nell'attuale ordinamento, tutto è, salvo che non frammentaria. Stabilire che tra i 200.000 euro [5] e la soglia comunitaria si utilizzi la procedura aperta, regolata da pochissime e chiare norme del codice dei contratti, oggettivamente non pare ponga problema alcuno di semplificazione.

In quanto agli interventi normativi, l'articolo 36 è stato fin qui sempre oggetto di correzioni da parte degli ormai innumerevoli decreti di modifica del codice dei contratti (in soli 3 anni di vita). Ma, anche le stesse Linee Guida 4 hanno avuto due aggiornamenti, si completano di una serie di Faq e di chiarimenti, per altro disposti con diverse forme e fonti: dal comunicato del Presidente alle deliberazioni del Consiglio? Siamo proprio sicuri, quindi, che fin qui il sistema della *soft law* abbia scongiurato il problema di un quadro normativo non definito?

In quanto alla chiarezza, basti soffermarsi solo sul punto devastante del principio di rotazione, sciaguratamente introdotto dal legislatore nel corpo dell'articolo 36. Su questo solo specifico tema, si è scatenato un conflitto interpretativo giurisprudenziale tra i più estesi mai visti, né l'ANAC ha avuto possibilità alcuna di dirimere le questioni interpretative.

Applicando la procedura aperta si ha certamente un sicuro beneficio: la rotazione non deve essere applicata e si scongiura un fortissimo rischio di contenzioso, di fronte al quale la semplificazione – tutta da dimostrare – della procedura negoziata dell'articolo 36 finisce per annichilirsi.

Ma, andiamo alla critica di fondo che l'ANAC riserva alla novella dell'articolo 36, comma 2, lettera d): le procedure aperte obbligatorie “*in un mercato così popolato come quello delle imprese di lavori medio-piccole, rischiano di registrare un numero altissimo di partecipanti*”.

Strano. Nelle varie edizioni dei PNA (Piano Nazionale Anticorruzione) l'ANAC ha sempre considerato la riduzione del numero delle procedure negoziate gestite dagli enti come uno strumento operativo per ridurre le possibilità di

⁵ Si vedano le note a piè di pagina n. 2 e n. 3.

corruzione. Ma, se si riducono le procedure negoziate e gli affidamenti diretti, non possono che incrementarsi le procedure aperte. Come è possibile che una norma mirata ad estendere il ricorso alle procedure aperte ora non vada bene?

Certo, c'è il rischio di un numero altissimo di partecipanti. Ma, il mercato "libero" non è libero proprio per garantire la più ampia concorrenza? L'altissimo numero di partecipanti può forse costituire un costo procedurale, ma è il dazio da pagare all'apertura del mercato. Oppure, il principio di apertura del mercato non piace più?

Non è da trascurare un elemento: accanto all'obbligatorietà della procedura aperta, il decreto "sblocca cantieri" ha inserito, per gli appalti sotto soglia, l'inversione procedurale. L'articolo 1, comma 3, della legge 55/2019 stabilisce che fino al 31.12.2020 si applica anche ai settori ordinari la norma prevista dall'articolo 133, comma 8, del codice dei contratti per i settori speciali.

Questa è oggettivamente una concreta misura di semplificazione, in quanto consente alle commissioni di procedere spedite con la valutazione delle offerte: considerando che nel sotto soglia il criterio di gara prevalente diviene il minor prezzo (per effetto nel nuovo comma 9-bis dell'articolo 36, il quale consente l'offerta economicamente più vantaggiosa se debitamente motivata), la commissione può molto celermente aggiudicare, senza doversi soffermare prima sulla defatigante disamina della documentazione, riservabile post aggiudicazione al solo aggiudicatario e a un campione di ditte partecipanti.

Ricordiamo che ai sensi dell'articolo 56, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE l'inversione procedurale è espressamente consentita proprio per le procedure aperte, tanto sotto, quanto sopra soglia. La disposizione normativa Ue, infatti, prevede: ***"Nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi degli articoli da 57 a 64. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 57 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice. Gli Stati membri possono escludere o limitare l'uso della procedura di cui al primo comma per determinati tipi di appalti o a circostanze specifiche"***.

Dunque, l'estensione della procedura aperta sotto soglia è stata abbinata ad un meccanismo, espressamente regolato dalla Ue, di semplificazione operativa. Il che lascia considerare come oggettivamente le critiche riservate sempre dall'ANAC anche all'inversione procedurale, sempre nel documento di commento allo "sblocca cantieri", appaiano abbastanza sorprendenti: *"l'applicazione, come nel caso in esame, dell'inversione procedimentale (con previsione di ricalcolo della soglia di anomalia) a un sistema di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo (con obbligo di esclusione automatica delle offerte anomale) sembrerebbe non essere esente da alcuni profili critici. Il sistema di aggiudicazione al minor prezzo, così come delineato dal d.lgs. n. 50/2016 (art. 95 e 97), presuppone infatti la*

preliminare identificazione della platea delle offerte ammesse, ad evitare che offerte di soggetti privi dei requisiti contribuiscano a determinare la soglia di anomalia, e la cristallizzazione di tale platea a seguito della fase amministrativa di prima ammissione (art. 95, comma 15), allo scopo di assicurare stabilità agli esiti finali dei procedimenti di gara. Il comma 5 dell'art. 36, avendo posticipato la verifica dell'ammissibilità dei concorrenti a un momento successivo all'esame delle offerte, in coerenza con il delineato sistema, prevede che, nel caso in cui, a seguito della verifica dei requisiti, la platea degli ammessi risulti diversa da quella dei partecipanti, la soglia venga ricalcolata. Tuttavia il ricalcolo della soglia successivo alla verifica postuma dei requisiti, oltre a rappresentare un appesantimento procedurale incompatibile con le finalità acceleratorie e di semplificazione del d.l. n. 32/2019 sembrerebbe aprire margini per manovre in grado di condizionare gli esiti dell'affidamento da parte di operatori economici non utilmente collocati in graduatoria, e soggetti al controllo dei requisiti, che, a seconda della propria condotta in sede di verifica (si pensa alla mancata produzione di documentazione integrativa in sede di soccorso istruttorio), potrebbero influire sugli esiti della gara".

Certo, i rischi evidenziati dall'ANAC sono reali e concreti. Ma, non sembra proprio che l'utilizzo della procedura negoziata al posto di quella aperta riduca rischi di corruzione, purtroppo sempre presenti.

Al contrario, nelle procedure negoziate il rischio di corruzione è elevatissimo: perché il sistema delineato dall'articolo 36 fino alle soglie oltre le quali scatta l'obbligo della procedura negoziata [6] (che, comunque, rimane applicabile anche sotto le soglie comunitarie, ovviamente) pone il gigantesco problema – irrisolto da ANAC e giurisprudenza – della selezione del ristretto lotto di operatori economici cui rivolgere gli inviti, 3, 10 o 15 [7] che sia il numero minimo di operatori economici da invitare, la questione irrisolta è: come selezionarli?

Le Linee Guida 4 si sono spese e dilungate moltissimo cercando di dirimere questa matassa; e la giurisprudenza sulla questione è anche in questo caso infinita e contraddittoria.

Nella sostanza, allo scopo di identificare le poche ditte da invitare occorre una procedura preliminare, alternativamente:

1. la costituzione di elenchi di operatori economici, ai quali poi attingere;
2. lo svolgimento di indagini di mercato.

L'elenco va costituito con avvisi aperti a tutti, garantendo la periodicità degli aggiornamenti e degli ingressi. Ovviamente, ai fini dell'inserimento nell'elenco vanno verificati di volta in volta tutti i requisiti. Un lavoro continuo, al quale aggiungere poi quello della selezione degli operatori economici da invitare.

⁶ Si tratta di un refuso, leggasi «aperta».

⁷ Leggasi «3, 5, 10 o 15», in quanto il numero di 5 è stato introdotto per i servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria.

E nessuno ha mai pronunciato la parola finale sul come: sorteggio? Scelta discrezionale? In ogni caso, incombe il Leviatano della rotazione.

L'indagine di mercato è tutt'altro che una procedura semplice. Le Linee Guida 4 lo lasciano intendere con molta chiarezza: occorre un avviso preliminare, volto a verificare quali aziende siano interessate a partecipare, da rendere ovviamente pubblico in modo di garantire un'adeguata apertura del mercato; poi consegue l'invio delle lettere di invito ai fini della negoziazione.

Proviamo a dettare tempi ragionevoli. Adottata la determinazione a contrattare, almeno 15 giorni o per ragioni di urgenza da esplicitare, non meno di 5, per la manifestazione di interesse; seguono poi 2/3 giorni di istruttoria; l'invio dell'invito, ed altri 5/10 giorni per la ricezione delle offerte.

Insomma, la procedura, se velocissima, non può durare meno di 15 giorni, ma se gestita in modo razionale e non condizionato da situazioni di urgenza può durare anche 40 giorni.

E la procedura aperta? Quanto dura? 35 giorni [8] dalla data di trasmissione del bando di gara, come termine massimo, riducibile a 15 giorni nel caso l'amministrazione si sia avvalsa di un avviso di preinformazione o nei casi di urgenza e comunque riducibile di 5 giorni. Dunque, come si dimostra, nella sostanza la procedura negoziata ha una durata in tutto simile a quella aperta e presenta una serie di problemi di lettura, coordinamento ed interpretazione enormi, dall'applicazione della rotazione alle modalità di selezione dei soggetti da invitare, agli strumenti di pubblicità. La procedura aperta, pur esposta ai rischi evidenziati dall'ANAC, non pare oggettivamente denunciare appesantimenti procedurali particolari, specie con l'introduzione dell'inversione procedurale.

La ratio, quindi, del dibattito sulla semplificazione degli appalti di lavori di importo compreso tra i 200.000 euro [9] e la soglia comunitaria appare davvero sfuggente.

⁸ In realtà 18 giorni per appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria che, anche senza urgenza, si riducono a 15 a causa dell'obbligo di presentazione di offerte in via elettronica, per effetto dell'art. 36, comma 9, che dispone il dimezzamento dei termini di cui all'articolo 60.

⁹ Leggasi «compreso tra i 40.000 euro e la soglia comunitaria».