

Legge di Bilancio:
la "semplificazione" per i lavori non introduce nessun affidamento diretto

di Stefano Usai

La nuova [Legge di Bilancio n. 145/2018](#) (pubblicata in G.U. n. 302/2018) introduce, come ampiamente evidenziato dalla stampa nazionale, particolari deroghe al codice degli appalti in tema – per ciò che interessa trattare – di procedimenti semplificati.

In particolare, risulta interessante analizzare sotto il profilo pratico la disposizione di cui al comma 912 della legge 145/2018 secondo cui “Nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2019, le stazioni appaltanti, in deroga all’articolo 36, comma 2, del medesimo codice, possono procedere all’affidamento di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro mediante affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici e mediante le procedure di cui al comma 2, lettera *b*), del medesimo articolo 36 per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro”. Norma, pertanto, che non modifica il codice dei contratti ma consente una deroga in tema di lavori alle disposizioni codicistiche, rimettendo a ben vedere la scelta se utilizzarla o meno direttamente alla stazione appaltante, e per essa al RUP.

La disposizione

Il primo aspetto, non irrilevante, che viene in rilievo è dato dall’inciso iniziale ovvero la promessa del legislatore di una “complessiva revisione del codice dei contratti pubblici”. Viene definitivamente formalizzato l’intendimento di modificare “complessivamente” il codice ed immediatamente vengono fornite alcune soluzioni iniziali, come quella di “sbloccare” gli appalti (soprattutto) di lavori.

Forse, visto che si operava sul presupposto di semplificare alcune difficoltà (secondo il legislatore immediatamente riconducibili anche al procedimento di affidamento delle “micro” commesse, già semplificato) sarebbe stato opportuno intervenire anche sull’aspetto delle commissioni di gara visto che – salvo diverse comunicazioni – le nomine tramite sorteggio dall’Albo dovrebbero prendere avvio a far data dal 15 gennaio, con nuove problematiche (soprattutto in relazione alle modalità di comunicazione tra commissari e tra questi ed il RUP).

Lo stesso legislatore, pertanto, ammette che il codice necessita di una revisione “complessiva” mettendo fine alla *querelle* sulla responsabilità nell’applicazione. Fin’ora, infatti, si è sempre affermata – più o meno velatamente - di una precisa responsabilità del burocrate pubblico diffidente verso “il nuovo” e verso le semplificazioni paventate dall’ingresso di un codice senza regolamento attuativo.

In realtà, la stessa giurisprudenza ha ammesso le enormi difficoltà interpretative su svariate norme del codice e, soprattutto, la probabile inadeguatezza di linee guida (non vincolanti e senza rango normativo) a disciplinare aspetti complessi che richiederebbero una diversa tecnica legislativa (o indicazioni a margine per illuminarne il percorso applicativo).

Della complessità di una azione che tenda a semplificare ne è una dimostrazione pratica anche queste nuove norme.

Ma di quale affidamento diretto si parla?

Esaminando il primo inciso del comma in commento (relativo all'affidamento tra i 40mila ed i 150mila euro (per lavori) emerge in realtà che il legislatore ha introdotto una deroga (facoltativa) alla procedura negoziata semplificata che impone l'invito di almeno 10 appaltatori.

Viene introdotto sostanzialmente un nuovo livello o tipologia di procedimento molto simile alla pregressa previsione (per acquisiti *infra* i 40mila euro) secondo quella che era l'iniziale interpretazione dell'ANAC contenuta nelle primissime linee guida n. 4 che tante difficoltà concettuali e pratico/operative ha posto.

Ovvero la possibilità di immaginare un affidamento diretto previa escussione di preventivi. Già si è detto che tale affermazione era un "ossimoro": ipotizzare anche una competizione e poi parlare/immaginare un affidamento diretto significa proprio negare quest'ultimo. In realtà, il legislatore – a causa delle difficoltà di semplificare i procedimenti (e dimostrando che la semplificazione non può passare per questo percorso) – ha introdotto un micro procedimento informale il cui espletamento richiedono comunque un minimo di "disciplina" anche per evitare di alimentare un facile contenzioso.

Circostanza che magari, in più di un caso, potrebbe indurre il RUP a preferire la procedura negoziata formalizzata (ed in vigore) del comma 2, lett. b) del codice dei contratti.

La norma, quindi, riproduce, la contraddizione che già l'ANAC aveva fatto emergere con le primissime linee guida n. 4 in cui si ipotizzava, tra le motivazioni, che l'affidamento potesse avvenire (allora nell'ambito dei 40mila per forniture/servizi e lavori) attraverso una previa escussione di due preventivi. Testualmente, nelle [Linee guida ANAC n. 4/2016](#), in relazione all'affidamento diretto si leggeva che "l'onere motivazionale relativo all'economicità dell'affidamento e al rispetto dei principi di concorrenza può essere soddisfatto mediante la valutazione comparativa dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici".

Con ciò, come detto, negando *in nuce* che si potesse parlare di affidamento diretto. Ora questa "contraddizione" viene riportata addirittura in una norma giuridica (il pregresso comma dell'articolo 36 infatti si limitava a richiedere per l'affidamento diretto una adeguata motivazione) in cui si dispone che "le stazioni appaltanti, in deroga all'articolo 36, comma 2, del medesimo codice, possono procedere all'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 40mila euro e inferiore a 150mila euro mediante affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici".

Si ribadisce, se viene espletato un confronto non si è in presenza di un affidamento diretto ma di un affidamento "mediato" richiedendo e confrontando, sulla base di regole oggettive e trasparenti interne previamente adottate dalla stazione appaltante, almeno tre proposte tecnico/economiche (o solo economiche).

In realtà la semplificazione – ammesso che davvero possa essere qualificata in questi termini – è quella della riduzione del formalismo che anche la procedura negoziata (già) semplificata (?) pone al RUP.

Ma la fattispecie, evidentemente, pone altre difficoltà.

La scelta sulla deroga

La scelta se procedere con la deroga o meno, evidentemente, non può che essere una scelta tecnica pertanto non potranno avere cittadinanza atti di indirizzo politici (né indicazioni specifiche nel regolamento interno) che suggeriscano l'utilizzo dell'affidamento diretto previa discussione ultra informale di almeno tre preventivi.

La valutazione del RUP dovrà essere guidata dalla *opportunità* tecnica di aprire formalmente al mercato, applicando la disposizione del codice oppure individuare le ragioni per applicare la norma *extra* codice contenuta appunto nella legge di bilancio.

Ciò apre alla questione della scelta degli appaltatori. È chiaro che per il “timore” di non venire mai “invitati” neanche a questo procedimento ultra informale, gli appaltatori con i requisiti “invaderanno” gli uffici del protocollo delle stazioni appaltanti di richieste di essere invitati o di essere inseriti in elenchi predisponendi (o già predisposti) elaborati dagli uffici (in questo caso tecnici).

Occorre rammentare, sul tema, quanto già evidenziato dal TAR Abruzzo – di cui si è già parlato sul quotidiano - , con la sentenza n. 397/2018 in cui si richiama l'insegnamento del Consiglio di Stato che in tema ha puntualizzato come non possa “negarsi ad un operatore economico, che sia comunque venuto a conoscenza di una simile procedura e che si ritenga in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla legge di gara, di presentare la propria offerta, salvo il potere dell'amministrazione di escluderlo dalla gara per carenze dell'offerta o degli stessi requisiti di partecipazione ovvero perché l'offerta non è pervenuta tempestivamente (rispetto alla scadenza del termine indicata nella lettera di invito agli operatori invitati) e sempre che la sua partecipazione non comporti un aggravio insostenibile del procedimento di gara e cioè determini un concreto pregiudizio alle esigenze di snellezza e celerità (...)”

Gli appaltatori, soprattutto nel caso di lavori dai 100mila euro (per cui insiste l'obbligo dell'inserimento nella programmazione), si proporranno per competere nel procedimento informale di “affidamento diretto” previsto dalla deroga.

Ed il RUP in questo caso, o adotterà un sistema formalizzato (ad esempio predisponendo l'elenco e da questo attingendo) in modo da poter escludere chi si propone oppure avrà grandi difficoltà (salvo voler sostenere che una offerta in più determina un insostenibile aggravio del procedimento) nel giustificare l'estromissione dell'appaltatore che si candida per il microprocedimento in possesso, evidentemente, dei requisiti richiesti.

In sostanza, e per intendersi, la nuova norma crea una sorta di “paradosso” o se si preferisce di nuova tendenza/orientamento degli appaltatori nel senso che invece che focalizzare l'attenzione sulle regole del codice e sulla loro applicazione da parte dei RUP, le attenzioni nel futuro si focalizzeranno sulle *strategie* utilizzate per ridurre il formalismo/rigore del codice. Si focalizzeranno, in sostanza, sul procedimento amministrativo che il RUP deve “creare” visto che le deroghe non prevedono né regole né indicazioni normative da seguire. Verrà esasperato il riferimento alla rotazione e, si può ipotizzare, le questioni relative alla congruità del prezzo considerato che l'apertura al mercato, comunque, rappresenta sempre una soluzione importante.

Gli appalti di lavori compresi tra i 150 e 350 mila euro

Una vera e propria semplificazione (di un procedimento semplificato!) è la seconda delle deroghe

ovvero quella relativa, sempre ai lavori, di importo situato tra i 150mila euro ed i 350 mila euro (importo inferiore).

Da notare che la norma (così come per la prima deroga), a proposito di tecnica legislativa, parla di importo pari o superiore(?), ovviamente intende che le deroghe valgono a partire da certi importi (il riferimento a “superiore” è ovvio).

Anche la seconda deroga ha tratti singolari perché cerca di semplificare attraverso una riduzione “quantitativa” dei competitori ed opera per il solo 2019 (come la prima). Nello stesso modo deve essere inquadrata la disposizione contenuta nel comma 130, art. 1, della Legge di Bilancio che modifica anche la “franchigia” ovvero quella “fascia” di micro appalti che il RUP può acquisire senza ricorrere al mercato elettronico (ora portata a 5mila euro). Ad eccezione, si deve ritenere, dei beni/servizi informatici.

Norma, quella sulla “franchigia”, che avrà per effetto di alimentare il frazionamento delle commesse.