

Appalti pubblici tra “milleproroghe” e semplificazioni: “il punto e virgola” su affidamenti diretti, subappalto, anticipazione del prezzo e riconoscimento maggiori oneri da Covid - 19¹

Indice

Premesse: Codice dei contratti pubblici: un “rebus” tra normativa emergenziale e di semplificazione. Disposizioni provvisorie, da cui la chiosa “punto e virgola”.

I - Problematiche e rimedi per l’operatore pubblico e privato: 1.1 Complessità e mutevolezza quadro normativo, difficoltà applicative; 1.2 Differenti interpretazioni dottrina e giurisprudenza; 1.3 L’importanza dei principi generali e del Trattato, degli orientamenti maggioritari e delle regole pubblicistiche.

II - Istituti, disciplina normativa, orientamenti dottrinali e giurisprudenziali: 2.1 L’impatto dell’emergenza sanitaria, economica e delle esigenze di semplificazione e accelerazione su alcuni istituti classici dell’affidamento e dell’esecuzione del contratto di appalto; 2.2 Affidamenti diretti; 2.3 Subappalto; 2.4. Anticipazione del prezzo; 2.5 Riconoscimento maggiori oneri Covid-19.

III - Riflessioni conclusive: Il ruolo chiave dell’avvocato amministrativista “moderno”.

I - PREMESSE

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: UN “REBUS” TRA NORMATIVA EMERGENZIALE E DI SEMPLIFICAZIONE. DISPOSIZIONI PROVVISORIE, DA CUI LA CHIOSA “PUNTO E VIRGOLA”.

*La complessità e la mutevolezza del quadro normativo dei contratti pubblici, che si presta a differenti interpretazioni, induce gli operatori del settore (avvocati del libero foro e avvocati degli enti pubblici e, per il loro tramite, imprese e stazioni appaltanti) ad un ritorno ai **principi generali** che governano l’ordinamento giuridico nel suo complesso, ivi compreso quello europeo, nonché alla ricerca degli **orientamenti giurisprudenziali più consolidati**.*

La conoscenza degli uni e degli altri consente un’interpretazione e un’applicazione delle recenti norme giuridiche sostenibile, perché agganciata al dato normativo ed alla sua interpretazione, comunque tale da permettere alla stazione appaltante e all’impresa di svolgere le proprie attività, con minor rischio di rallentamenti,

¹ Vietata la riproduzione

contestazioni e maggiori chance di esito positivo, nell'interesse pubblico e privato di cui sono rispettivamente portatori².

DISPOSIZIONI PROVVISORIE, DA CUI LA CHIOSA "PUNTO E VIRGOLA"

*Le frequenti incursioni del legislatore nella materia (ormai qualche anno fa, ne furono contate più di 500) con il proposito di semplificare, snellire e velocizzare il sistema appalti hanno, in realtà, comportato una **stratificazione normativa** che ne ha reso più complesso il funzionamento, dovendo gli addetti ai lavori dipanarsi tra un susseguirsi incessante di norme, spesso non chiare né complete e innumerevoli interpretazioni, oltre che vuoti normativi e regimi provvisori e/o emergenziali, con crescente difficoltà ad individuare la normativa applicabile ad attività anche routinarie, come quella del subappalto.*

E' mancato e manca, in sostanza, a detta di autorevoli giuristi, un poderoso e complessivo intervento tecnico giuridico mirato a ricondurre la materia alla semplicità originaria, scandita da poche norme e principi generali, come quelli della certezza delle regole, semplicità e univocità delle disposizioni, ragionevolezza e efficacia delle soluzioni, arricchita dai successivi apporti in chiave evolutiva (etica e sviluppo sostenibile), di stampo comunitario (digitalizzazione) e dagli arresti a cui è pervenuta la giurisprudenza sulle tematiche più dibattute (termini per impugnare, ecc.).

*Il magmatico quadro normativo e fattuale impone una **formazione continua e l'acquisizione di competenze tecnico-giuridiche, oltre che economico-finanziarie, sempre più elevate ma soprattutto, per gli operatori del diritto, una solida conoscenza degli istituti e principi di base del diritto civile (contratto, buona fede, ecc.), amministrativo (imparzialità, procedimento, ecc.) ed europeo (trasparenza, libera concorrenza, ecc.), onde impiegarli per rinvenire soluzioni operative corrette e praticabili laddove la normativa settoriale e speciale non sia in grado di fornirle e anzi essa stessa crei le problematiche da risolvere.***

*Emblematica in tale direzione è la **Relazione tematica della Corte Suprema di Cassazione n. 56 dell'8 Luglio 2020** ("Novità normative sostanziali del diritto emergenziale anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale"), che non pare avere avuto il giusto risalto nelle cronache, e che ben implementa quello che va sostenendo, ormai da tempo, un'autorevole dottrina³: la trasversalità degli istituti del diritto, che possono essere utilizzati anche per risolvere le nuove problematiche dell'era emergenziale (quali, ad es., le sopravvenienze contrattuali negative determinate dalla pandemia, su cui ci si soffermerà più avanti).*

In tale maniera vi è la possibilità che conoscenza ed esperienza vengano indirizzate principalmente - come dovrebbe essere - a migliorare e rendere più efficaci le strategie imprenditoriali, più competitive le offerte degli operatori economici e ad assicurare la tempestività e il buon esito delle procedure di selezione e dell'esecuzione del contratto, anziché per mantenere le rispettive attività nell'alveo della correttezza e per individuare, interpretare e applicare le sempre nuove disposizioni, che riflettono quella che è stata giustamente definita una "schizofrenia legislativa".

I recenti interventi normativi (Decreto Sblocca Cantieri, Decreto Semplificazioni, Leggi di conversione, Milleproroghe, ecc.), forieri di norme emergenziali i cui effetti si sono in parte esauriti (SAL emergenziale), oltre che di disposizioni in parte provvisorie (come quelle sugli affidamenti semplificati, in vigore fino al 31.12.2021)

² Lo scritto è una sintesi del seminario tenuto online, assieme al collega Benedetto Ghezzi, il 12 Marzo 2021, organizzato da SAAER e Fondazione forense di Bologna.

³ Il riferimento nel testo è al "Sistema istituzionale di diritto comune" del mio maestro G.P. Cirillo, di cui è prossima l'uscita della seconda edizione.

e, in altra parte, definitive, hanno reso ancora più arduo il lavoro degli operatori del settore inducendo ad utilizzare - per descrivere la situazione paradossale in cui versa il mondo degli appalti - il termine “Gattopardismo”, dato che sembra che “tutto debba cambiare perché tutto resti come prima”.

Non rimane altro, pertanto, in attesa degli annunciati “poderosi interventi”, anche di tipo economico e finanziario, indispensabili per rimettere in moto il settore degli appalti pubblici, che utilizzare con consapevolezza e determinazione, oltre che con motivazione, gli strumenti che il sistema giuridico nel suo complesso offre (buona fede, trasparenza, accordi, transazione, procedimento, ecc.), sfruttandone la naturale trasversalità e resilienza (per usare un termine molto in voga oggi) e per agire nel rispetto delle norme e avere maggiori chance di conseguire i risultati attesi.

Un sostanziale contributo in tal senso può essere dato dai professionisti legali e, in particolare, da quelli che, formati sulle basi sicure dei principi e degli istituti generali del diritto civile, li impiegano correntemente nel settore del diritto amministrativo, per affrontare le nuove problematiche che nascono dall’ibridazione dei due sistemi, di cui la contrattualistica pubblica ben rappresenta una sintesi e la prova, come si dirà meglio nel prosieguo.

I PROBLEMATICHE E RIMEDI PER L’OPERATORE PUBBLICO E PRIVATO

1.1 COMPLESSITÀ E MUTEVOLEZZA QUADRO NORMATIVO, DIFFICOLTÀ APPLICATIVE

1.2 DIFFERENTI INTERPRETAZIONI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

1.3 L’IMPORTANZA DEI PRINCIPI GENERALI E DEL TRATTATO, DEGLI ORIENTAMENTI MAGGIORITARI E DELLE REGOLE PUBBLICISTICHE

La **normativa** che disciplina i contratti pubblici è magmatica e complessa, né potrebbe essere diversamente dovendo essa inseguire i rapidi mutamenti del mondo economico, produttivo e, finanche, della salute e della sicurezza degli uomini e dell’ambiente, come dimostrano i recenti accadimenti. La pandemia da Covid-19 ha generato una decretazione d’emergenza senza precedenti, che ha fortemente impattato sul sistema degli appalti, modificandone procedure, tempi e contenuti.

Non va sottaciuto, tuttavia, che la complessità della disciplina dei contratti pubblici dipende anche dalla molteplicità e varietà delle fonti normative, talvolta di difficile convivenza: **europee** (principi di diritto comunitario; direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE; giurisprudenza della Corte di Giustizia europea); **nazionali** (D.lgs. n. 50/2016 e s.m., regolamento unico emanando, DPR 207/2010 nelle parti ancora in vigore, DM e Linee Guida Anac, L. n. 241/1990 e s.m., c.c., piani interni anticorruzione/modelli 231 per le società pubbliche e partecipate, ecc.) e **regionali** (pur non potendo le Regioni legiferare nella materia dei contratti pubblici, che è di competenza esclusiva dello Stato riguardando essa la tutela della concorrenza, possono tuttavia emanare norme di dettaglio sulla organizzazione della pubblica amministrazione, quali, ad es., la previsione di centrali di committenza regionali in materia di sanità, ecc.).

E’ noto che la complessità normativa si traduce in opacità, che genera difficoltà di conoscenza e di applicazione, causando rallentamenti, contestazioni e mancanza di risultati: problematiche a cui avrebbero dovuto ovviare, quantomeno in parte e in via transitoria, in attesa di interventi definitivi, le recenti disposizioni di semplificazione (Decreto “sblocca cantieri” e “semplificazioni”) rispetto alle quali, tuttavia, già si rincorrono innumerevoli interpretazioni, in un *turn over* che non sembra avere fine.

Ben si presta allora la materia degli appalti pubblici (e, più in generale, la contrattualistica pubblica, che è un “giano bifronte”, a causa delle due anime pubblicistica e privatistica che la contraddistinguono) ad essere ricondotta all’alveo

del “nuovo diritto comune” o “diritto unitario o integrato”, il cd. “diritto dei rapporti complessi”⁴ disciplinati dalle norme del diritto civile e amministrativo, ove ciò che rileva non è tanto ricondurre la questione da esaminare all’uno o all’altro settore, quanto verificare quale delle due discipline o quali principi e disposizioni dell’una e dell’altra debbano essere applicati. Operazione, questa, che – come si è anticipato nelle premesse - postula la approfondita conoscenza dei principi e degli strumenti del diritto civile e di quello amministrativo (negozi giuridici, procedimenti e procedure, ecc.), che solamente consente di dipanare opacità, risolvere complessità e fornire soluzioni operative praticabili, conformi al sistema giuridico complessivamente inteso, quindi potenzialmente corrette, conosciute e, di conseguenza, più facilmente implementabili e più difficilmente contestabili.

A riprova dell’assunto si proveranno ad esaminare, con l’indicata metodologia, alcuni aspetti problematici e discussi di istituti disciplinati dalle più recenti normative (affidamento diretto, subappalto, anticipazione del prezzo, riconoscimento dei maggiori oneri da Covid-19), onde tentare di pervenire a soluzioni fondate, perché basate sul dato normativo complessivamente inteso, e quindi utili per gli operatori del settore.

II ISTITUTI, DISCIPLINA NORMATIVA, ORIENTAMENTI DOTTRINALI E GIURISPRUDENZIALI

2.1 L’IMPATTO DELL’EMERGENZA SANITARIA, ECONOMICA E DELLE ESIGENZE DI SEMPLIFICAZIONE E ACCELERAZIONE SU ALCUNI ISTITUTI CLASSICI DELL’AFFIDAMENTO E DELL’ESECUZIONE DEL CONTRATTO DI APPALTO

Con il D.L. 76/2020 (decreto semplificazioni), convertito con modificazioni nella L. 120/2020, il Governo ha adottato alcune misure di semplificazione del sistema appalti, ritenute urgenti e necessarie per assicurare l’innovazione digitale della pubblica amministrazione, che è il presupposto indefettibile per l’attuazione del processo di “sburocratizzazione” in atto.

Si è così dato vita ad un regime straordinario transitorio - a far tempo dal 17 Luglio 2020 fino al 31 Dicembre 2021 (per effetto del cd. Milleproroghe, recentemente convertito con modificazioni nella Legge 21/2021) - che si innesta nella già speciale e in parte provvisoria disciplina degli appalti (in attesa del regolamento unico emanando), con l’obiettivo di incentivare gli investimenti pubblici e di arginare gli effetti economici negativi dell’emergenza sanitaria, presidiando al contempo la legalità degli affari.

2.2 AFFIDAMENTI DIRETTI

A baluardo della semplificazione e accelerazione del sistema appalti è stato eretto il **metodo dell’affidamento diretto**.

E’ noto che in ragione del **valore dell’appalto (sopra o sotto la soglia comunitaria)** cambiano le procedure da seguire per l’affidamento.

L’art. 36 del codice stabilisce la disciplina degli affidamenti sotto soglia (fino a € 139.000/214.000 per servizi e forniture e fino a € 5.350.000 per lavori), nel cui ambito si collocano anche gli affidamenti diretti.

Questi ultimi sono stati classificati in due tipologie:

1. **cd. “puri”** (per importi inferiori a € 40.000) che non richiedono la previa consultazione di due o più operatori economici
2. **cd. “mediati”** (per importi superiori a € 40.000 ma inferiori a € 150.000, per i lavori e alle soglie di rilevanza comunitaria, per forniture e servizi) che

⁴ Le definizioni sono tratte dal cennato “Sistema istituzionale di diritto comune”.

presuppongono la valutazione di almeno 3 preventivi, ove esistenti, per i lavori; mentre per i servizi e le forniture di almeno 5 operatori economici individuati tramite indagini di mercato o elenchi di operatori, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti.

I motivi della scelta dell'affidatario diretto devono essere indicati dalla stazione appaltante nella determina a contrarre che, essendo un provvedimento amministrativo, deve essere **motivata** in conformità ai principi generali del diritto amministrativo (art. 3 L. 241/1990). Nella motivazione si potrà dar conto, ad es., della avvenuta comparazione della proposta dell'affidatario con listini di mercato o altre offerte ricevute in precedenza dalla stazione appaltante oppure con preventivi di spesa presentati da altri due o più operatori: quest'ultima modalità costituisce la cd. best practice per le Linee Guida Anac n. 4/2016.

L'**obbligo della motivazione**, con specifico riferimento agli affidamenti diretti, è prescritto anche dall'art. 32 co. 2 del cod. che, nell'elencare i contenuti necessari della determina a contrarre, contempla l'esposizione delle ragioni della scelta dell'affidatario.

In alternativa all'affidamento diretto (e alle altre procedure elencate dall'art. 36), il legislatore ha previsto la possibilità per la stazione appaltante di ricorrere alle **procedure ordinarie** del codice (es. gara aperta), con i termini dimezzati: così il co. 9 dell'art. 36. In tal caso, pur non essendo prescritto, la decisione della stazione appaltante andrà motivata, in conformità al principio generale poc'anzi ricordato (art. 3 L. 241/1990), deviando essa dallo specifico percorso semplificato tracciato dal legislatore per i contratti sotto soglia.

Di particolare rilievo, per quanto si dirà in appresso, è l'esplicito richiamo del legislatore (art. 36 co. 1) **al rispetto, anche nel sotto soglia, dei principi generali dell'art. 30 del codice dei contratti pubblici (economicità, correttezza, trasparenza, ecc.)**.

Alla disciplina sopra descritta si è sovrapposta, prendendone temporaneamente le veci (fino al 31.12.2021), quella introdotta dal **decreto semplificazioni**.

La disciplina dell'**affidamento diretto cd. in deroga** (art. 1 D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020) è contraddistinta da:

✓ **nuove soglie**

- € 150.000 per i lavori
- € 75.000 per i servizi e le forniture

✓ **e altre novità, quali**

- *l'obbligo di inserimento della clausola sociale*
- *la conclusione dell'affidamento in 2 mesi*
- *l'accantonamento dell'obbligo di cauzione provvisoria, salvo motivate ragioni e, comunque, il dimezzamento dell'importo.*

Nell'affidamento diretto in deroga (o "emergenziale") non è prevista la previa consultazione di più operatori; esso, pertanto, coincide con l'affidamento diretto "puro" del regime ordinario (cfr. Tar Genova 742/2020).

In assenza di chiarimenti da parte del legislatore, ci si interroga se la procedura in esame **sia obbligatoria e se la stazione appaltante conservi o meno la possibilità del ricorso alle procedure ordinarie, con termini dimezzati.**

La maggior parte dei commentatori, sulla falsa riga di quanto sostenuto dal MIT nel parere n. 735 del 24.9.2021 e dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nelle indicazioni operative 20/239/CR5a/C4, ritiene che **le procedure in deroga siano sì obbligatorie ma che la stazione appaltante abbia comunque la possibilità di ricorrere, in alternativa, a quelle ordinarie con i termini dimezzati.**

Una tale interpretazione è senz'altro condivisibile, dato che si fonda sulle disposizioni dell'art. 36 co. 9, poc'anzi richiamate, che, non essendo state derogate

dal legislatore dell'emergenza, continuano ad applicarsi.

Quanto alla scelta della procedura, in conformità ai principi generali dell'art. 30 – di cui si è rammentata la valenza anche nel sotto soglia e pur dopo la decretazione d'urgenza -, andrà effettuata tenendo conto delle esigenze specifiche della stazione appaltante e delle caratteristiche dell'appalto da assegnare.

Conseguentemente, se l'amministrazione, ad esempio, è rimasta altamente soddisfatta dell'attività di un appaltatore, potrà decidere di ricorrere alla gara aperta, in alternativa all'affidamento diretto, per assicurarsi la possibilità di riassegnare l'appalto all'operatore uscente (non operando nell'ipotesi della gara aperta il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti).

Oggetto di discussione è anche l'applicabilità o meno del termine di due mesi, previsto dal legislatore dell'emergenza per la conclusione dei procedimenti in deroga, alle procedure ordinarie.

Il MIT, nel parere 735/2021, si è espresso in senso favorevole. L'interpretazione, tuttavia, non convince dato che non è avvallata dalla lettera della legge, che pare limitare il termine breve alle procedure in deroga (cfr. art. 1 co. 1 del DL 76/292020 conv. in L. 120/2020).

Una tale soluzione interpretativa, in ogni caso, non pare conforme al principio di legalità dato che potrebbe comportare l'estensione a carico del RUP e dell'appaltatore delle conseguenze negative, in termini di responsabilità erariale e sanzioni, previste dal legislatore dell'emergenza per l'inadempimento del termine di due mesi.

D'altra parte, la soluzione tratteggiata dal MIT appare incoerente anche rispetto alle conclusioni stesse a cui perviene il Ministero nel parere 735/2021, laddove sostiene che le disposizioni di semplificazione introdotte dal regime derogatorio, al novero delle quali sicuramente appartiene il termine breve, restano limitate alle procedure emergenziali.

Un altro aspetto problematico dell'affidamento diretto in deroga, probabilmente a torto per le ragioni che si diranno, è quello della **motivazione**.

Ci si interroga, infatti, se per l'affidamento diretto in deroga sia necessaria una particolare motivazione o se quest'ultima sia rilevante.

Le risposte al quesito sono differenti: c'è chi sostiene che non serva una particolare motivazione e che la determina a contrarre debba contenere in modo semplificato le ragioni della scelta (così MIT nel parere 753/2020) e chi, invece, pone l'accento sulle esigenze di celerità dell'affidamento, a discapito della motivazione.

A fronte, tuttavia, dell'esplicito rinvio contenuto all'art. 1 co. 3 del decreto semplificazioni all'applicazione dell'art. 32 co. 2 (che prescrive l'esposizione delle ragioni della scelta dell'affidatario), non pare possa dubitarsi del fatto che **anche nell'affidamento diretto in deroga la motivazione debba sussistere ed essere congrua**, ovvero consentire la ricostruzione dell'iter logico, giuridico e fattuale seguito dall'amministrazione per arrivare alla decisione, in conformità all'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti amministrativi, anch'esso non derogato.

Conseguentemente, la semplificazione a cui fa cenno l'art. 32 co. 2 (*“la stazione appaltante può procedere all'affidamento diretto tramite determina a contrarre...che contenga, in modo semplificato...le ragioni della scelta del fornitore...”*) riguarderà le modalità di esternazione della parte del provvedimento in cui sono enunciati i motivi (mediante puntuazione, motivazione implicita, *per relationem*, o altro) e non l'an di questi ultimi.

E', altresì, ragionevole supporre, in conformità alla *ratio* dell'istituto della motivazione nel diritto amministrativo – che è quella di consentire il controllo dei provvedimenti da parte degli interessati e/o del giudice - che l'assolvimento del relativo obbligo sia tanto più pregnante quanto più la procedura sia semplificata, onde evitare che l'eliminazione di passaggi procedurali possa prestarsi ad usi distorti

e/o alimentare contestazioni, a danno degli operatori economici e della stazione appaltante, vanificando gli sforzi acceleratori del legislatore.

L'utilizzo dei **principi e delle disposizioni generali del diritto amministrativo (legalità, trasparenza, motivazione, ecc.)**, nei casi sopra esaminati, ha consentito di elaborare soluzioni che – seppure contestabili non essendovi disposizioni di legge chiare –, in ogni caso, sono fondate su basi giuridiche e perciò più difficilmente attaccabili e che possono essere messe in pratica dagli operatori del settore.

Il grosso rischio dell'incertezza delle nuove discipline è, infatti, quello di causare l'“immobilismo” delle stazioni appaltanti, come ben evidenzia il MIT nella circolare del 18.11.2020, laddove afferma che:

“in conclusione, il combinato disposto tra risorse disponibili e strumento normativo per spenderle rapidamente, può produrre un balzo in avanti per la nostra economia; perché ciò avvenga è necessario che le stazioni appaltanti applichino la legge in tutte le sue potenzialità”.

2.3 SUBAPPALTO

E' emersa, dall'analisi precedente, la centralità degli istituti generali del diritto amministrativo - ed in particolare di quello della motivazione - nella interpretazione e applicazione della normativa emergenziale.

Analoga rilevanza essi assumono, unitamente ai principi generali europei, con riferimento alle disposizioni normative recentemente introdotte per imprimere un'“accelerazione” al sistema degli appalti.

Ci si riferisce, in particolare, alla disciplina del subappalto.

L'istituto del **subappalto** rappresenta una deroga alla regola generale secondo cui l'**esecuzione** del contratto d'appalto deve essere svolta **dall'appaltatore** affidatario.

Il subappalto, previsto e disciplinato all'art. 105 del cod., è un **contratto tipico e derivato** dall'appalto principale, mediante il quale l'appaltatore **affida ad un terzo parti del bene da fornire oppure del lavoro o del servizio da effettuare**.

Le **direttive del 2014** contengono una serie articolata di disposizioni sul subappalto, per favorire la più ampia partecipazione agli appalti pubblici delle piccole e medie imprese, senza limitazioni.

Al contrario, la normativa italiana è contraddistinta, da sempre, da limitazioni percentuali del ricorso al subappalto, nell'intento di ostacolare, per tale via, l'ingresso della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici.

L'art.105 co. 2 del cod. dispone, infatti, che il subappalto non può superare la **quota del 30%** dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

La disposizione è stata temporaneamente sospesa per effetto del combinato disposto di “Sblocca cantieri” e “Milleproroghe 2021”, fino al 30.6.2021; “*medio tempore*”, nelle more della preannunciata revisione del codice, è stata sostituita dalla previsione secondo cui “**il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 40%...**”.

La **Corte di giustizia UE**, fin dal 2019, ha stabilito che la direttiva 2014/24/UE osta ad una normativa nazionale che limiti, in via generale e astratta, al 30%, il subappalto, senza lasciare spazio ad una valutazione caso per caso della stazione appaltante.

La **Commissione europea**, a tal proposito, nello stesso anno, ha contestato all'Italia l'infrazione dell'art. 71 della direttiva 2014/24/UE.

Nel 2020 il **Consiglio di Stato**, intervenuto a seguito di alcune pronunce ondivaghe dei **Tar**, ha avvallato la pronuncia della Corte di Giustizia e stabilito che la disposizione di legge italiana che limita, in via generale, il ricorso al subappalto deve essere **disapplicata** per incompatibilità con l'ordinamento euro-unitario, fermo

restando, invece, il potere della stazione appaltante di valutare e motivare in relazione al caso specifico la previsione di eventuali limitazioni al subappalto.

Con riferimento agli **appalti sotto soglia**, che non rientrano nel campo di applicazione delle norme comunitarie ma, se di interesse transfrontaliero, dei soli principi euro-unitari, il **Consiglio di Stato** ha precisato che il limite legale non può disapplicarsi automaticamente, dovendosi verificare caso per caso l'applicabilità o meno dei detti principi (libera concorrenza, trasparenza, ecc.) e la loro eventuale compromissione a causa della limitazione del ricorso al subappalto.

Di fronte alla diversità delle pronunce, non desta meraviglia il fatto che gli operatori del settore, ancora oggi, si interrogano sulla sussistenza e sulla legalità di limitazioni al subappalto (in ciò indotti dalla attuale formulazione letterale dell'art. 105) e sulla entità degli stessi (30%, 40%, 50%...). *“De relato”* la questione investe anche il limite del 20% prescritto dal legislatore italiano con riferimento al ribasso dei prezzi che l'appaltatore può praticare nei confronti del subappaltatore (cfr. Consiglio di Stato n. 4832 del 29.7.2020).

Foriera di ulteriore confusione è la disposizione introdotta dallo Sblocca cantieri, fino al 30.6.2020, che prevede che il **subappalto debba essere previsto espressamente dalle stazioni appaltanti nel bando di gara**.

Ad una prima lettura sembrerebbe, infatti, che il ricorso all'istituto non sia più rimesso ad una scelta del concorrente ma all'esercizio di una **facoltà della stazione appaltante** che potrebbe anche escluderlo.

La disposizione, tuttavia, è stata interpretata dai più nel senso (euro unitario) di riconoscere alla stazione appaltante la facoltà di limitare il ricorso al **subappalto laddove sia necessario o opportuno in relazione alla natura delle prestazioni dedotte nell'appalto e in funzione del preminente interesse pubblico all'esecuzione da parte dell'affidatario scelto (come, ad es., potrebbe accadere nel caso di un appalto di lavori da eseguirsi in un carcere di massima sicurezza)**.

Sancire, al contrario, il divieto del subappalto in assenza di una espressa indicazione del bando che lo consenta, risulterebbe in contrasto non solo con il *favor* del diritto europeo per le medie e piccole imprese, che tramite l'istituto del subappalto operano nel campo degli appalti pubblici, ma anche con la lettera della legge, laddove testualmente prevede che *“il subappalto è indicato dalla stazione appaltante”*.

L'utilizzo del verbo *“indicare”* evoca, più che una potestà dell'amministrazione sull'ammissibilità del subappalto, un'esortazione a quest'ultima nel senso di precisare all'interno della disciplina di gara la quota subappaltabile delle prestazioni (comunque entro il limite del 40%), onde rendere chiare ai concorrenti le regole dell'esecuzione del contratto.

Molte stazioni appaltanti, infatti, in conformità al detto popolare *“per non sapere né leggere né scrivere”*, assai calzante nell'attuale disordine normativo e giurisprudenziale ma certamente non scriminante di comportamenti violativi delle disposizioni vigenti – nella redazione dei documenti di gara si limitano a rinviare, per quanto concerne la disciplina del subappalto, alle disposizioni dell'art. 105 del codice, astenendosi dal prendere posizione rispetto alle limitazioni ivi previste, lasciando l'onere (e la responsabilità) ai concorrenti di decidere il da farsi e ai controinteressati di contestare gli eventuali (o presunti tali) provvedimenti illegittimi. Tuttavia, proprio la mancanza di un dato normativo certo e di interpretazioni uniformi, rende maggiormente necessaria e doverosa – a tutela della stazione appaltante e di chi concorre - la individuazione nella *lex specialis* di una disciplina specifica del subappalto, sorretta da una motivazione che dia conto delle esigenze ad essa sottese.

Solo in questa maniera, infatti, è possibile per l'operatore economico conoscere *ex ante* le “regole del gioco” e, in particolare se il subappalto è consentito e in che misura, onde consentirgli di presentare un'offerta consapevole, seria, completa

incondizionata e sostenibile, nell'interesse di entrambe le parti al buon esito della procedura e del contratto.

Quanto appena scritto vale per l'appalto sopra soglia. Nel caso dell'appalto sotto soglia, invece, spetta alla stazione appaltante valutare (discrezionalmente) la sussistenza dell'interesse transfrontaliero: ove ritenuto presente andrà esaminata la compatibilità di eventuali divieti o limitazioni (che sono consentiti dalla normativa nazionale) con i principi generali dell'ordinamento comunitario; laddove invece l'interesse transfrontaliero non venga individuato, si potrà applicare la normativa italiana attualmente vigente con il relativo limite (40%).

Anche nell'interpretazione e applicazione delle nuove normative che investono istituti di interesse europeo (come il subappalto), gli istituti generali del diritto amministrativo hanno un peso preponderante che, tuttavia, va armonizzato con quello prevalente dei principi europei, onde pervenire a soluzioni in senso euro-unitario e conformi al sistema plurilivello delle fonti che contraddistinguono il mondo appalti.

2.4 ANTICIPAZIONE DEL PREZZO

Il Decreto Milleproroghe (conv. con modif. in L. 26.2.2021 n. 21) ha prorogato al 31.12.2021 la facoltà della stazione appaltante (introdotta dal DL 34/2020, cd. Cura Italia, conv. con mod. in L. 77/2020) di aumentare, fino al 30%, l'anticipazione contrattuale che spetta all'appaltatore all'inizio dell'esecuzione di lavori, forniture o servizi che, normalmente, ammonta al 20% dell'importo del contratto.

L'anticipazione, prevista all'art. 35 co. 18 del codice dei contratti pubblici, ha la funzione di dare impulso all'iniziativa imprenditoriale nella delicata fase dell'avvio dell'appalto. La finalità dell'istituto assume una valenza particolare in epoca Covid-19 dato che l'appaltatore deve sopportare dei maggiori esporsi iniziali per adeguarsi alle misure di contenimento della pandemia.

Va, tuttavia, rimarcato che l'aumento costituisce una facoltà della stazione appaltante - e non un obbligo - il cui esercizio è vincolato alla disponibilità delle relative somme negli stanziamenti annuali previsti nel quadro economico dell'intervento. Questo implica, come rilevato dalla Corte dei Conti, che la stazione appaltante debba procedere ad una attenta attività di programmazione complessiva, in modo da garantire il corretto appostamento delle poste in bilancio, in conformità alla disciplina vigente (Corte dei conti-Piemonte, delibera 15 giugno 2020, n. 67) e onde assicurare il soddisfacimento delle pretese a cui l'appaltatore ha diritto (ad es. per varianti dovute a errori progettuali).

Nella sostanza, pertanto, laddove non vi siano risorse disponibili sufficienti - come di sovente accade - l'anticipazione non potrà essere erogata e la finalità dell'istituto e dell'aumento frustrata.

2.5 RICONOSCIMENTO MAGGIORI ONERI COVID-19

La cennata problematica dei maggiori oneri e costi della sicurezza sopportati dall'appaltatore rimane una questione aperta e di non facile soluzione, per la quale potrebbero essere utilmente impiegati gli strumenti che il sistema giuridico offre nel suo complesso e, in particolare, quelli del diritto civile.

Ma andiamo con ordine.

Con Delibera del Consiglio dei Ministri del 31.1.2020 è stato dichiarato lo stato di emergenza sull'intero territorio nazionale, a causa dell'epidemia da Covid-19; successivamente sono stati adottati gli atti per il contenimento della diffusione (es. protocollo nei cantieri del 24.4.2020 sottoscritto dal MIT con ANCI, ANCE, ecc.), che hanno comportato un aggravio di costi per gli appalti in corso e per quelli a

venire (a causa del maggior distanziamento dei lavoratori; della predisposizione di una diversa organizzazione dell'impresa, ecc.).

Il legislatore all'art. 8 co. 4 del DL 76/2020, consapevole dei maggiori costi per l'appaltatore, è intervenuto direttamente sulla questione stabilendo che:

“...sono riconosciuti, a valere sulle somme a disposizione della stazione appaltante indicate nei quadri economici dell'intervento e, ove necessario, utilizzando anche le economie derivanti dai ribassi d'asta, i maggiori costi derivanti dall'adeguamento e dall'integrazione, da parte del coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, del piano di sicurezza e coordinamento, in attuazione delle misure di contenimento ... e il rimborso di detti oneri avviene in occasione del pagamento del primo stato di avanzamento successivo all'approvazione dell'aggiornamento del piano di sicurezza e coordinamento recante la quantificazione degli oneri aggiuntivi”.

Si è avuto anche l'intervento del MIT che ha precisato che *“occorre...chiarire la differenza tra costi della sicurezza ed oneri aziendali. I costi della sicurezza, come noto, sono sottratti alla competizione, mediante esclusione dal ribasso d'asta, e devono essere riconosciuti integralmente agli appaltatori... Gli oneri aziendali per la sicurezza, invece, afferiscono all'esercizio dell'attività svolta da ciascun operatore economico nella sua veste di datore di lavoro e sono dovuti esclusivamente alle misure per la gestione del rischio proprio connesso all'attività svolta e alle misure operative gestionali. Tali oneri sono ricompresi nell'ambito delle spese generali riconosciute all'operatore e corrispondenti a procedure contenute normalmente nei Piani Operativi di sicurezza redatti dalle singole imprese esecutrici (POS)... Ciò posto si rappresenta che, per tutta la durata del periodo emergenziale, occorre tener certamente conto dei maggiori costi a carico delle imprese dovuti all'apprestamento delle specifiche misure di sicurezza adottate per impedire il contagio ai sensi dei protocolli siglati ...Tali misure anti COVID-19 potranno essere riconducibili in taluni casi ai "costi della sicurezza", in altri agli oneri aziendali di sicurezza, sulla base delle definizioni sopra riportate...Si ritiene utile aggiungere che l'integrazione del PSC, e degli eventuali conseguenti costi per la sicurezza aggiornati da parte dello stesso CSE, rientrano tra le modifiche che dovranno essere formalmente approvate da parte della Stazione appaltante, previa l'individuazione di idonea copertura finanziaria, e saranno riportate nel nuovo quadro economico dell'intervento anche per quanto riguarda l'eventuale l'aggiornamento delle spese tecniche e di eventuali incentivi per la pianificazione e controllo dei lavori e della sicurezza. Si conferma, quindi, la possibilità di utilizzare lo strumento delle varianti ex art. 106, comma 1 lett. c)”*.

Anche nelle Linee di indirizzo Itaca del 18.6.2020 è stato ribadito che l'aumento dei costi per la sicurezza va ribaltato a carico della stazione appaltante.

Sul tema è intervenuta, per quanto di interesse locale, la Regione Emilia Romagna, con la deliberazione della Giunta Regionale n. 1009 del 3.8.2020, che ha stabilito che *“...nelle spese generali comprese nel prezzo dei lavori e perciò a carico dell'esecutore, variabili dal 13% al 17%, rientrano le spese di adeguamento del cantiere ...i maggiori oneri e costi per la sicurezza derivanti dall'applicazione delle misure di sicurezza anti Covid-19 nei cantieri delle opere pubbliche possa trovare completo riscontro, tenuto conto anche di quanto disposto dal citato art. 8 del DL*

76/2020, attraverso l'approvazione di un elenco di voci riferite a potenziali costi della sicurezza, integrativo dei prezzi regionali sopra citati nonché attraverso un incremento delle spese generali per una quota, di norma, non superiore al 2%, ferma restando la necessità di sottoporre alla Stazione Appaltante, per le necessarie valutazioni, la relativa istanza corredata dalle opportune motivazioni ed evidenze che hanno comportato una maggiorazione degli oneri, evidenziando puntualmente ogni tipologia richiesta ...”.

Il Presidente della Regione Emilia Romagna, in qualità di Commissario Delegato, con l'ordinanza n. 25 del 9 Settembre 2020 (“*Misure per la sicurezza anti Covid-19 nei cantieri della ricostruzione post sisma: aggiornamento dell'elenco prezzi di riferimento e riconoscimento dei maggiori costi*”) ha esteso agli interventi di ricostruzione post sisma i provvedimenti regionali poco sopra richiamati.

Nel frattempo la questione dello squilibrio contrattuale causato dal Covid-19 (a cui è riconducibile la problematica dei maggiori costi e oneri della sicurezza gravanti sull'appaltatore) era già stata affrontata, per così dire, “*di petto*” dalla Corte Suprema di Cassazione nella relazione tematica n. 56 dell'8 Luglio 2020 (“*Novità normative sostanziali del diritto emergenziale anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*”), in cui veniva riconosciuto il diritto della parte gravata dallo squilibrio al riequilibrio contrattuale.

Pur avendo il legislatore nazionale e regionale espressamente riconosciuto il diritto dell'appaltatore al rimborso dei maggiori costi e oneri da Covid-19, nella pratica tale riconoscimento stenta a decollare, a causa della mancanza nei quadri economici degli interventi delle somme necessarie.

La circostanza che il legislatore abbia collegato il riconoscimento dei maggiori costi alle risorse disponibili per l'appalto induce, infatti, le stazioni appaltanti a non muoversi oltre tale perimetro e a non rinvenire altre soluzioni praticabili e corrette per soddisfare il giusto diritto dell'impresa.

La problematica, a ben vedere, affrontata in termini più generali, è quella delle sopravvenienze negative da Covid-19 nell'ambito dei rapporti contrattuali, su cui si è già espressa la Corte Suprema Civile, nella relazione a cui si è fatto riferimento nelle *Premesse*.

La S.C. dopo aver chiarito che gli effetti negativi del Covid-19 riguardano tutti i contratti sinallagmatici (categoria a cui sono riconducibili anche gli appalti pubblici), ha individuato la soluzione nell'applicazione dell'istituto della *rinegoziazione*, che costituisce un corollario del principio di buona fede oggettiva, che accompagna tutte le fasi del contratto, dalla stipula all'esecuzione.

Partendo dal presupposto che il principio di buona fede applicato all'esecuzione del contratto ha la funzione di conservare il piano di costi e ricavi originariamente pattuito dalle parti e che la rinegoziazione costituisce il passaggio obbligato per la sua implementazione, la Corte perviene alla conclusione che chi si sottrae all'obbligo del ripristino dell'equilibrio sinallagmatico commette una grave violazione del regolamento contrattuale. In ordine poi alle modalità pratico/operative con cui conseguire il riequilibrio del rapporto, la Corte ha manifestato apertura per ogni tipologia di soluzione che produca l'effetto del riequilibrio come, ad esempio, quella della rimodulazione delle modalità attuative della prestazione e della revisione, al rialzo, dei costi mediante l'incremento del prezzo finale.

Il dato che rileva e interessa, ai fini della problematica del rimborso dei costi da Covid-19, è quello dell'ampio spazio - discrezionalità - lasciato dalla Corte alle parti, nell'individuazione della soluzione più adatta al caso specifico, per ottenere il riequilibrio del rapporto, nel rispetto naturalmente delle disposizioni normative vigenti.

Questo significa che, a fronte del diritto dell'appaltatore al riconoscimento dei maggiori costi e oneri della sicurezza e all'incapienza delle somme disponibili per l'appalto, la stazione appaltante può (anzi deve) individuare soluzioni alternative, come quella di rimodulare le prestazioni contrattuali, ad esempio, espungendo le migliorie offerte in sede di gara dall'impresa, oppure prolungando la durata del servizio oggetto del contratto, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento di trasparenza, correttezza e di conservazione del contratto.

III RIFLESSIONI CONCLUSIVE

IL RUOLO CHIAVE DELL'AVVOCATO AMMINISTRATIVISTA "MODERNO"

La chiusa della Cassazione - riferita al sinallagma contrattuale stravolto dalla pandemia ma estendibile anche ad altre situazioni essendo fondata sui capisaldi dell'ordinamento giuridico (buona fede, conservazione contratto) - s'attaglia perfettamente all'*incipit* delle *Premesse*, suffragandole:

“nessun rimedio eccentrico al sistema, dunque, ma la rimodulazione estensiva di un mezzo già previsto”,

Il processo di compenetrazione delle norme del diritto civile in quelle del diritto amministrativo, di cui il codice dei contratti pubblici è un chiaro esempio, e il fenomeno opposto (della trasmigrazione di istituti pubblicistici nell'ambito del diritto civile: si pensi alla procedimentalizzazione e funzionalizzazione delle attività per costituire una società partecipata) hanno comportato la creazione di un nuovo diritto comune, per il quale non è importante ricondurre la fattispecie considerata all'una o all'altra area del diritto ma ricercare la disciplina applicabile, all'interno dell'ordinamento giuridico complessivamente inteso e plurilivello, nella consapevolezza che essa esiste e che nulla di nuovo va inventato.

D'altro canto, che questa sia una delle tendenze evolutive del diritto e che la dicotomia diritto pubblico-diritto privato sia destinata a scomparire, è dimostrato anche dalla acquisita consapevolezza della *“neutralità delle forme giuridiche soggettive”*, che ha spostato l'attenzione dell'interprete dalla *“veste formale del soggetto”* (ente, società, fondazione) all'attività in concreto esercitata e agli strumenti adoperati (il contratto, il procedimento, l'autorità o l'autonomia negoziale).

Un'evoluzione, quella in corso, che richiede da parte degli operatori del diritto una solida conoscenza del sistema giuridico nel suo complesso e dei principi generali che lo governano, per *“tenere insieme il tutto e affrontare anche questioni da elaborare senza una preventiva conoscenza”*⁵.

⁵ Sul punto si rinvia alle illuminanti *“Riflessioni sul diritto comune della contemporaneità”*, di G.P. Cirillo <https://www.giustiziainsieme.it/it/le-interviste-di-giustizia-insieme/1619-riflessioni-sul-diritto-comune-della-contemporaneita-fabio-francario-intervista-gianpiero-paolo-cirillo-in-occasione-dell-uscita-della-seconda-edizione-del-sistema-istituzionale-di-diritto-comune?hitcount=0>

Emerge, di conseguenza, il ruolo chiave dell'avvocato e, in special modo, di quello amministrativista "moderno" - che ben conosce e governa gli strumenti dell'uno e dell'altro settore utilizzandoli da tempo (nella forma degli accordi urbanistici, procedimentali, ecc.) e che ha vissuto, in prima persona, l'inclusione degli istituti civilistici (società, contratti, ecc.) nel diritto amministrativo e affrontato le relative problematiche – come colui che è in grado di traghettare stazioni appaltanti e operatori economici attraverso le complessità dei sistemi, grazie al privilegio di un punto di osservazione che gli permette di affacciarsi sull'intero ordinamento e di conoscerne le diverse giurisprudenze, tenendone insieme le fila.

Alessandra Pradella
Avvocato Amministrativista

Publicato l'1 aprile 2021