

Decreto-legge semplificazioni?

In materia di appalti una nuova bufala (nella ormai affermata ma deprecabile moda degli inglesismi non fake new ma una vera bullshit). Sergio Rizzo (il capostipite del giornalismo più scioccamente anticasta) ci casca in pieno su «La Repubblica» del 30 giugno

Circola da giorni un testo, contrabbandato per bozza di decreto-legge semplificazioni che, malgrado sia presentato come una serie di articoli, negli stessi articoli non riporta alcuna disciplina normativa bensì solo argomentazioni che dovrebbero invece essere alla base dell'articolato.

Quindi parliamo sulla base di quanto pubblicato dai giornali, anche se saremo forse smentiti (se lo saremo sarà certamente in peggio) dal testo che entrerà in Consiglio dei ministri [1] o quello che ne uscirà (salvo intese, ovvero ne uscirà senza alcuna certezza) o quello che verrà pubblicato in Gazzetta. [2]

Del resto, si apprende dagli stessi giornali, il testo ad oggi non sarebbe stato ancora nemmeno trasmesso ai Ministri e sia noto invece solo all'avvocato del popolo [3] e a tale (ta)Rocco Casalino. [4]

Negli appalti di importo inferiore a 150.000 euro sarebbe ammesso l'affidamento diretto sia per lavori che per forniture e servizi. Non si può non essere d'accordo per i lavori; per forniture e servizi significa farli transitare nell'affidamento diretto per il 90% (dato che hanno una loro appetibilità per soglie ben diverse, non a caso le soglie comunitarie per i lavori sono 25 volte superiori alle soglie per servizi e forniture). Ma tant'è, accettiamo anche questa assenza di distinzione. Ma sarà ancora operante la rotazione degli affidamenti oppure l'articolo 36, comma 1, del Codice sarà sospeso? Non si comprende. È chiaro che se viene mantenuta la rotazione come intesa oggi, sarà un combustibile formidabile per bruciare reputazioni e carriere all'altare dell'articolo 323 del codice penale, anche se attenuato com'è stato ventilato.

Negli appalti di importo a partire da 150.000 euro e fino alla soglia di rilievo comunitario è ammesso l'affidamento mediante procedura negoziata senza bando con consultazione di almeno cinque operatori per tutte le altre procedure, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, con individuazione degli operatori in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

Da notare le parole (sempre che siano confermate nel testo che verrà adottato) *«mediante procedura negoziata senza bando con consultazione di almeno cinque operatori per tutte le altre*

¹ *Quando? Quale? Chi lo sa, se ne parla da mesi e questo governo, come il suo apparente capo Conte, ha portato a vette insuperabili la tecnica del rinvio: faremo, stiamo facendo, dobbiamo fare ecc. ecc. ma non fa mai nulla di serio.*

² *Secondo la nota tecnica (costituzionalmente una barbarie) di modificare arbitrariamente i testi durante l'iter prima della presentazione alle Camere (le uniche titolate a emendarli).*

³ *Se fosse un bravo avvocato dovrebbe invocare l'infermità mentale, almeno per una larga percentuale (maggioranza) dello stesso popolo.*

⁴ *Superstipendiato (più del suo schiavetto Conte), le cui uniche gesta che si ricordano sono le lamentele per l'appartamento troppo piccolo che gli era stato riservato a Palazzo Chigi, la sospetta soppressione nel proprio curriculum di aver lavorato per società di scommesse e le veline da Minculpop passate a certa stampa.*

procedure». C'è un nesso logico tra la procedura negoziata senza bando e "tutte le altre procedure"? O meglio, la consultazione di almeno 5 operatori economici riguarda (anche) la procedura negoziata oppure "tutte le altre procedure"? La *consecutio* delle parole impone il dubbio. E poi, quali **altre** procedure? La procedura aperta è tale perché non può avere limiti numerici di concorrenti, la procedura ristretta (così come il dialogo competitivo e la procedura competitiva con negoziazione) hanno un limite numerico solo nella seconda fase, di invito e presentare offerta, ma non soffrono limiti nella fase di candidatura. Quindi la disposizione, così come illustrata, è incomprensibile.

Per forniture e servizi nulla cambia, per i lavori si tratta della stessa procedura prevista attualmente fino a 1.000.000 di euro che viene estesa fino a 5.350.000 euro. Quindi la novità riguarda solo questi ultimi.

Se poi la previa consultazione di almeno 5 operatori economici deve avvenire nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, con individuazione in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici si ricade nello sciochezzaio paranoico della disciplina attuale (si vedano le linee guida n. 4 di ANAC, sulle quali si è adagiata acriticamente la giurisprudenza amministrativa e la bozza del nuovo regolamento generale, che sul punto le ha fotocopiate).

Quindi poco o nulla di nuovo: tra rotazione, elenchi precostituiti, avvisi pubblici di manifestazioni di interesse, sarà sempre più veloce e profittevole (come lo è ora) la procedura aperta con i termini dimezzati (come previsto sottosoglia dalla norma attuale) più brevi dei termini in due fasi delle procedure negoziate (prima la selezione dei candidati da invitare e poi la presentazione delle offerte). Che poi gli invitati e le offerte siano 5 o 100 i tempi della gara, adottando l'inversione procedimentale, non cambiano. Conosciamo l'obiezione dei legulei: se la norma prevede la procedura negoziata non si può adottare la procedura aperta [5] poiché si violerebbero i principi di semplificazione e celerità voluti dal legislatore. Ma qui casca l'asino: se la procedura aperta risulta più semplice e più veloce (e spesso è così) garantendo peraltro una più ampia partecipazione (corollario non trascurabile) non si vede perché non possa essere una valida alternativa alla procedura negoziata, senza bisogno di inutili motivazioni.

Senza contare un altro vantaggio non secondario della procedura aperta (almeno nelle gare con il criterio del solo prezzo, criterio tanto ingiustamente deprecato): vi è l'elevata probabilità di avere almeno 10 offerte ammesse, con la conseguente possibilità di escludere automaticamente le offerte eccessivamente fuori mercato (articolo 90, comma 8, del Codice) con notevole risparmio di tempo. Cosa praticamente impossibile nelle procedure negoziate dove la presenza di meno di 10 offerte ammesse (anche se qualcuna più del numero minimo di 5 richiesto) non solo impedisce l'esclusione automatica ma obbliga al defaticante procedimento di analisi e controdeduzioni alle giustificazioni delle offerte anomale che, come noto, oltre ad essere spesso una vera pagliacciata, può concludersi solo in due modi:

- con l'esclusione delle offerte che si presumono anomale in quanto non giustificate e l'inesco pressoché certo di un contenzioso davanti al giudice amministrativo prima del contratto;
- l'accettazione supina delle giustificazioni del primo in graduatoria a causa della difficoltà di motivarne il rigetto, con la certezza di un contratto insostenibile economicamente e di un contenzioso sulle riserve e sulle varianti in fase esecutiva.

⁵ *Cosa non vera, dal momento che l'art. 36, comma 2, del Codice, all'alinea, prima di disciplinare le procedure negoziate recita «salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie».*

Altra perla è dedicata agli appalti di importo pari o superiore alle soglie comunitarie (5.350.000 euro per i lavori e 214.000 euro per servizi e forniture): si prevede l'applicabilità, salva **motivata determinazione di ricorso alle procedure ordinarie**, della procedura ristretta o, nei casi previsti dalla legge, della procedura competitiva con negoziazione di cui agli articoli 61 e 62 del decreto legislativo n. 50 del 2016 ovvero (oppure) ricorrendone i relativi presupposti con le procedure di cui agli articoli 63 e 125 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016, in ogni caso con i termini ridotti, per ragioni di urgenza.

In primo luogo, la procedura ristretta è una tipica procedura ordinaria, quindi non si vede perché la si voglia contrapporre alle procedure ordinarie delle quali fa parte a pieno titolo (che a questo punto sarebbero arbitrariamente ridotte alla sola procedura aperta, la più semplice e snella, la quale però paradossalmente sarebbe resa praticabile solo con "motivata determinazione"; aggiungiamo: ma caro estensore delle norme, come si vede che non hai capito nulla!).

In secondo luogo, il ricorso agli articoli 63 e 125 ricorrendone i relativi presupposti è acqua fresca. Non c'è bisogno di alcun decreto: ricorrendone i presupposti l'utilizzo degli articoli 63 e 125 è sempre stato possibile anche col vecchio codice, a prescindere da qualsiasi soglia di importo; quanto ai «termini ridotti» per ragioni di urgenza è una vera presa in giro: per le procedure di cui agli articoli 63 e 125 nessuna norma prevede dei termini (affidati da sempre alla ragionevolezza della stazione appaltante). Ridurre dei termini inesistenti o ridurre la ... ragionevolezza è molto più che un'idiozia. Per gli appalti in soglia comunitaria tanto valeva dire che di mamma ce n'è una sola, non ci sono più le mezze stagioni, il macellaio vende la carne, d'inverno bisogna coprirsi e d'estate vestirsi leggeri.

Cosa c'entra Sergio Rizzo?

Solo incidentalmente, con la prima pagina de "La Repubblica" del 30 giugno, dove lamenta: *«Appalti con procedure bizantine che costringono le imprese a presentare tre volte gli stessi documenti»*. Die procedure bizantine ne esistono (anche se pesano e si riflettono sull'amministrazione e non sulle imprese), ma non esiste gara d'appalto dove a un'impresa venga chiesto di presentare tre volte gli stessi documenti, ma nemmeno due volte e nel 99% dei casi nemmeno una volta.

L'eccesso di documentazione (e mai di duplicazione o triplicazione) è causato solo da concorrenti che ricorrono ad istituti legittimi ma non obbligatori, spesso solo per furbizia più che per necessità (consorzi, avvalimenti, cessioni o affitti di rami d'azienda ecc. in tutti i casi istituti veri o finti o solo di comodo). All'infuori di queste ipotesi nessun documento è richiesto in sede di gara ma solo semplici dichiarazioni (e spesso un'unica dichiarazione riassuntiva e onnicomprensiva). [6]

Quanto alla documentazione in genere è acquisita d'ufficio dall'amministrazione appaltante, senza l'intervento dell'impresa e, di norma, con riferimento alla sola impresa aggiudicataria e non a tutte le imprese coinvolte. E nei rari casi nei quali non sia possibile l'acquisizione d'ufficio, non sembra uno sforzo sovrumano che l'impresa aggiudicataria (che è beneficiaria del contratto) si procuri il documento che manca.

Quindi cari appaltologi della domenica non limitatevi a fare i Pietro Ammicca [7] ma informatevi prima di parlare a vanvera.

⁶ Il cosiddetto DGUE (Documento di gara unico europeo).

⁷ Per i volenterosi si rinvia allo spettacolo di Gigi Proietti.