

# Lavori Pubblici

Informazione tecnica **on-line**

## Il Decreto Sblocca Cantieri sblocca le nuove gare ma non l'esecuzione delle opere

10/05/2019



I latini solevano dire *ex facto oritur ius*, con ciò volendo affermare che è dalla realtà che scaturisce la necessità di una nuova normativa e non viceversa.

Il nuovo decreto c.d. “**Sblocca Cantieri**” non sembra tuttavia rispondere pienamente a questa logica: nonostante il dichiarato obiettivo di emanare disposizioni **urgenti** “*volte a favorire la crescita economica e a dare impulso al sistema produttivo del Paese*”, il suo complessivo dettato normativo appare più una corposa **anticipazione legislativa** della futura riforma del Codice degli

appalti, che un immediato volano di sviluppo dell'economia italiana.

**Il vero nodo gordiano delle opere pubbliche italiane**, del resto, non risiede né nell'accesso ai fondi, né nelle lungaggini burocratiche (reali o presunte) relative alle procedure di gara, ma, come più volte affermato da chi scrive, nell'**esecuzione del contratto di appalto** e cioè nello svolgimento dei lavori nei cantieri a valle dell'aggiudicazione.

È in tale fase, dunque, che il legislatore avrebbe dovuto **immediatamente** intervenire revisionando l'attuale farraginoso sistema di norme, in grado oramai di generare per lo più lungaggini, aumenti di costi, fenomeni corruttivi. E ciò, non soltanto nei grandi cantieri, ma anche in quelli medio - piccoli attivati dagli Enti locali, chiamati a fronteggiare, al pari dei grandi *players* nazionali come Anas e FS, non solo le ordinarie complessità negoziali ma - oramai da oltre dieci anni - una **grave crisi del sistema imprenditoriale** italiano, che ha avuto come effetto il totale fermo di numerosi cantieri anche a causa dell'apertura di procedure fallimentari tutt'ora in corso e ad un *gap* di investimenti pari a circa 60 miliardi di euro (Osservatorio ANCE febbraio 2018).

I soli concordati (con e senza continuità) hanno subito una vera e propria impennata tra il 2007 e il 2013, dovuta in parte alla crisi e in parte alle novità legislative in tema di concordato c.d. “in bianco”, che hanno reso più agevole e più conveniente per le aziende in crisi far ricorso a questo strumento (solo nel 2013 si è raggiunto il picco di 2.280 domande), sebbene – fortunatamente – nel 2018 le procedure non fallimentari si siano ridotte del 23,9% (da 280 a 213).

Le conseguenze delle criticità che l'apertura delle procedure concordatarie ha avuto nell'esecuzione dei contratti in essere sono tutt'ora drammatiche per la corretta e celere gestione dei cantieri, soprattutto ove si consideri che i concordati c.d. “in bianco” sono (quasi) sempre accompagnati anche dall'istanza di **sospensione dall'obbligo di esecuzione dei contratti** (art. 169-*bis* l.f.), che il Tribunale concede “automaticamente” per il periodo massimo di 120 giorni. Ben 4 mesi, ai quali devono aggiungersi gli **ulteriori tempi “morti”** dovuti all'espletamento delle procedure per eventuali aste di rami di azienda (spesso deserte) con tutto ciò che ne deriva in termini di esecuzione della commessa pubblica, che, nel frattempo, in assenza di uomini e mezzi presenti in cantiere, resta del tutto bloccata.

Il risultato di tale situazione è evidente: cantieri fermi, difficoltà nel riappalto dell'opera, senza contare che durante il periodo di 4 mesi di sospensione del contratto non vi è neppure alcuna possibilità di risolvere il contratto in danno dell'appaltatore, perché l'appalto, ancorché sospeso, resta comunque in essere con l'originario aggiudicatario.

In tale contesto, già di per sé critico, devono considerarsi altresì i **numerossimi contenziosi** attivati dalle imprese contro la pubblica amministrazione, che, oltre ad essere causa di veri e propri stalli nell'esecuzione dei lavori, lo sono anche di ingenti esborsi per il pubblico erario. Contenziosi, tuttavia, che, in non pochi casi, alla luce dell'alea del giudizio e di un equo temperamento, potrebbero essere chiusi rapidamente e con maggiore vantaggio sia dei privati che delle stazioni appaltanti, mediante **accordi transattivi**.

Alla concreta realizzazione di tale ipotesi risolutoria ostano, tuttavia, soprattutto le **lungaggini procedurali e burocratiche** di cui le stesse pubbliche amministrazioni si auto-dotano per scongiurare il più possibile responsabilità erariali o penali derivanti da accordi extragiudiziali con l'appaltatore, stante una diffusa “diffidenza” serbata anche dalla stessa ANAC nei confronti di tale strumento, che, invece, ove legittimamente orientato, risulterebbe molto utile al fine di un concreto e più vasto **deflazionamento del contenzioso**.

Restano, infine, tutt'ora irrisolte e rinviate all'emanazione del futuro “Regolamento unico” (cfr. art. 27-*octies* del D.L. n. 32/2019), le criticità nella gestione del cantiere introdotte dal decreto ministeriale MIT n. 49/2018 in tema di **direzione lavori** che ha ancora previsto l'istituto della **consegna parziale dei lavori** pur in presenza di un progetto esecutivo posto a base di gara (cfr. art. 4, comma 10 del DM), la definitività dell'accettazione dei materiali solo dopo la loro posa in opera (cfr. art. 6 comma 2 del DM), la gestione delle contestazioni sulle “riserve” – prima e più cospicua fonte di contenzioso civile – interamente rimessa non ad una fonte normativa primaria, ma alla disciplina prevista nei capitolati d'appalto (cfr. art. 9 del DM), un'**eccessiva rigidità nelle procedure di approvazione delle modifiche, variazione e varianti contrattuali** (cfr. art. 8 del DM).

### **Le soluzioni più immediatamente utili**

Per far ripartire subito i cantieri, quindi, si sarebbe dovuto intervenire oltre che semplificando le procedure di gara, **anche intervenendo più puntualmente sull'esecuzione dei lavori**.

Più correttamente, si sarebbe dunque potuto prevedere:

1) non solo, come suggerito dall'ANCE in sede di audizione alla Senato il 06/05/2019, la limitazione della partecipazione dei soggetti in concordato con continuità alle sole imprese con un piano di rientro che preveda il soddisfacimento di ciascun credito chirografario nella misura minima del 50% e l'ottemperanza al divieto di cessione del ramo d'azienda relativo al contratto d'appalto - o in amministrazione straordinaria,

2) ma anche, **l'accoglimento dell'istanza di sospensione dei contratti in essere ex art. 169-bis LF da parte di Tribunali, soltanto qualora l'impresa indichi tutti gli elementi di fatto e di diritto idonei ad apprezzarne in concreto l'utilità** alla luce del contenuto della proposta e del piano in corso di preparazione (in tal senso, *ex multis*, Tribunale di Udine 25/09/2013, Tribunale di Modena, Sez. Fall. 07/04/2014). L'autorizzazione alla sospensione, pertanto, verrebbe così concessa soltanto laddove l'istanza venga accompagnata da una **completa disclosure** circa la tipologia di proposta di concordato che si intende perseguire, precisandosi – al riguardo – che il sacrificio imposto alla controparte contrattuale è giustificato in quanto unica strada percorribile per la risoluzione dell'*empasse*;

3) così limitato il ricorso indiscriminato all'istituto della sospensione dei contratti per le imprese in crisi, anche al fine di abbattere l'elevatissimo contenzioso in essere, un'**incentivazione ad hoc delle transazioni**. E ciò, mediante anzitutto uno **snellimento delle procedure burocratiche (anche) interne alle Amministrazioni**, da un lato, e dall'altro, a monte, soprattutto attraverso:

4) una **tipizzazione della responsabilità erariale e segnatamente delle ipotesi esimenti ex ante la “colpa grave” per i pubblici funzionari**, come nel caso in cui, ad esempio - nell'ottica delle “reciproche concessioni” e dell'alea del giudizio - sia ben motivato ed evidente il vantaggio per la pubblica amministrazione di chiudere anticipatamente un annoso contenzioso **anche alla luce di analoghi precedenti giurisprudenziali**;

5) una rimodulazione del DM MIT n. 49/2018 in tema di direzione lavori con particolare riferimento, in un'ottica di prevenzione del contenzioso, alla ulteriore limitazione dell'istituto della consegna parziale (in favore della sola consegna in via di urgenza) e all'**introduzione di una normativa primaria delle riserve riprendendo quanto fino ad ora statuito dagli artt. 190 e ss. del DPR n. 207/2010**.

Alla luce della prassi delle stazioni appaltanti avrebbero, dunque, dovuto essere le anzidette **cinque priorità (tutte legate alla fase esecutiva del contratto)** su cui si sarebbe dovuto subito intervenire per sbloccare i cantieri e immettere liquidità nel sistema imprenditoriale.

Invero, lo stesso unico intervento strutturale pensato dalla riforma per riattivare i lavori fermi, e cioè l'istituzione dei **Commissari straordinari**, appare solo in parte funzionale all'obiettivo di far ripartire subito i cantieri.

L'amplissima norma di cui all'**art. 4, comma 3, del D.L. n. 32/2019**, in base alla quale i predetti Commissari, per l'esecuzione degli interventi ritenuti prioritari dal presidente del Consiglio “operano in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea”, pur se indubbiamente semplificatrice della fase progettuale, presenta il rischio elevato di essere foriera di **numerossimi contenziosi proprio nella fase esecutiva**. Per tale ragione, si auspica che **almeno nell'atto di nomina del singolo Commissario siano espressamente indicati tutti i paletti normativi entro cui tale deroga può essere esercitata in concreto**, anche se ciò avrebbe dovuto essere previsto fin da subito in sede di decretazione di urgenza, uniformemente, a livello di normazione **primaria**. Il legislatore, potrebbe, invero, orientarsi in tal senso già in sede di conversione del decreto legge, dando concreto contenuto normativo soprattutto agli inderogabili vincoli “comunitari” siccome indicati, in particolare, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea.

## **Conclusioni**

Alla luce di tutto quanto rilevato, dunque, il decreto “Sblocca Cantieri” appare sicuramente **efficace nell'ottica di anticipare la riforma** complessiva del codice appalti (pur con qualche sbavatura da correggere in sede di conversione), ma **poco orientato al bersaglio nella misura in cui si propone come misura urgente di riavvio dei cantieri fermi**, i quali, come illustrato, avrebbero necessitato per essere riattivati “subito” **anche** delle misure sopra indicate, che comunque potrebbero essere ancora inserite in sede di conversione o di emanazione delle misure attuative.

A cura dell'**Avv. Andrea Napoleone**

© Riproduzione riservata