

Contratti pubblici e Recovery Plan: priorità per la semplificazione e la concorrenza

MARTINA CONDORELLI - GIOVANNI D'ANGELO - ALDO TRAVI

Negli ultimi mesi, in un'ottica di "semplificazione", è stato più volte proposto di eliminare o "sospendere" il codice dei contratti pubblici e di "applicare direttamente" le direttive europee del 2014.

La soluzione proposta potrebbe, tuttavia, ingenerare una grave incertezza giuridica e paralizzare le nuove procedure di affidamento. Un'autentica semplificazione potrebbe, invece, essere realizzata razionalizzando le disposizioni meno chiare, attuando gli istituti finalizzati a migliorare l'efficienza delle procedure, implementando gli strumenti digitali già previsti dal codice e, infine, coordinando adeguatamente la disciplina codicistica e la normativa antimafia.

"Applicazione diretta" delle direttive europee: profili problematici

A differenza dei regolamenti, che stabiliscono una disciplina specifica per un dato settore, direttamente applicabile dalle autorità degli Stati membri, le direttive sono degli atti diretti ai legislatori dei singoli Stati, che devono procedere al loro recepimento. Proprio perché lo strumento ha lo scopo di lasciare un certo "margine di manovra" ai legislatori nazionali, quanto alle modalità di raggiungimento degli obiettivi e di applicazione dei principi che pongono, di regola, le direttive sono formulate in termini che ne escludono la diretta applicabilità. Solo eccezionalmente, infatti, le direttive hanno contenuti sufficientemente particolareggiati e determinati, di modo che sia possibile prospettare una "diretta applicabilità". La conformazione della disciplina contenuta nelle direttive potrebbe perciò dare luogo a non poche incertezze applicative.

Per esempio, in materia di procedura semplificata, l'art. 32 della direttiva 2014/24/UE prevede che «nei casi e nelle circostanze specifici di cui ai paragrafi da 2 a 5, gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici aggiudichino appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione». In assenza di una “intermediazione” del legislatore nazionale, come dovrebbe essere considerata una disposizione di questo tipo? Nel senso che è senz'altro ammessa la procedura negoziata senza previa pubblicazione nei casi di cui ai paragrafi da 2 a 5, o al contrario che *non* è ammessa tale possibilità, visto che non è “obbligatorio”, secondo la direttiva, il ricorso a questo tipo di procedura?

Anche volendo tralasciare questi problemi, la “sospensione” del Codice potrebbe determinare l'insorgere di una grave incertezza giuridica - in grado di paralizzare le procedure di affidamento e l'esecuzione dei contratti già affidati - anche sotto altri due profili. In primo luogo, la “sospensione” del Codice creerebbe un vuoto giuridico rispetto a tutti quegli ambiti che le direttive non considerano, alcuni dei quali assolutamente nevralgici: per esempio, “sospendere” il codice significherebbe far venir meno anche la disciplina relativa all'esecuzione del contratto, agli affidamenti sottosoglia, alla programmazione e progettazione. Rispetto a questi profili non è pensabile applicare *tout court* la disciplina di diritto comune: quando agiscono tramite strumenti privatistici, le amministrazioni perseguono comunque un fine pubblico e utilizzano risorse della collettività, elementi che non sono indifferenti per il nostro ordinamento.

In secondo luogo, occorre considerare che in seguito alla “sospensione” del codice si riaprirebbero alcune questioni interpretative sul significato da attribuire alle regole (ambito di applicazione, limiti ecc.) già risolte dalla giurisprudenza nazionale. Negli ultimi cinque anni, infatti, su alcune delle disposizioni significative del codice (per esempio, in tema di avvalimento, di cause di esclusione, pubblicazione degli atti gara, aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuato nel miglior rapporto qualità/prezzo) si è pronunciata l'Adunanza plenaria, che ha contribuito a mettere alcuni punti fermi. “Sospendere” il codice comporta riaprire una stagione di dubbi e di incertezze su questi temi.

“Applicazione diretta” delle direttive europee e tutela della concorrenza

Inoltre, anche nell'ottica pro-concorrenziale la “sospensione” del codice non comporterebbe (almeno non sempre) le conseguenze auspiccate dall'AGCM.

Talvolta, le disposizioni del codice sono più “pro-concorrenziali” rispetto alle direttive del 2014. Per esempio, rispetto alla esternalizzazione di alcuni servizi pubblici, la disciplina delle direttive in tema di *in house providing* è ispirata al principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e al principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche. Invece, l'attuale articolo 192, comma 2, codice contratti, (sulla cui compatibilità con la direttiva 24/2014 si è espressa la Corte di Giustizia nel 2020) colloca gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara, imponendo all'amministrazione che intenda operare un affidamento *in house* di fornire una specifica motivazione circa il mancato ricorso al mercato e i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento. L'applicazione diretta della disciplina europea potrebbe quindi implicare un più ampio ricorso, da parte delle stazioni appaltanti, agli affidamenti *in house*.

Tre linee di intervento per la riforma del codice dei contratti pubblici: semplificare, attuare, digitalizzare

In una prospettiva che non miri esclusivamente ad interventi transitori, ma a una riforma puntuale del codice del 2016, le linee d'intervento dovrebbero essere tre.

La *prima* è quella di semplificare il d.lgs. n. 50/2016, sia nel senso di rendere il testo del codice più chiaro e lineare (così da ridurre i margini d'interpretazione e di conseguenza il contenzioso), sia nel senso di razionalizzare la regolazione della materia.

A distanza di pochi anni dall'emanazione del codice, molte disposizioni sono già state modificate più volte, spesso senza una direttrice di fondo. Ciò ha talvolta determinato un effetto "pendolo" rispetto ad alcuni istituti centrali. Per esempio, in tema di partecipazione degli operatori economici, gli interventi del legislatore si sono succeduti (prima e dopo il codice) con prospettive altalenanti, tra il *favor participationis* e le restrizioni all'accesso alla procedura ad evidenza pubblica.

In una prospettiva di riforma puntuale, per esempio, andrebbe definito con chiarezza l'ambito di applicazione del c.d. soccorso istruttorio, in particolare in relazione alle ipotesi che comportano l'esclusione del concorrente. O ancora, andrebbe complessivamente semplificata l'attuale formulazione dell'art. 80 in tema di requisiti di ordine generale per la partecipazione alla procedura, anche determinando con precisione la possibilità per il concorrente di dimostrare la propria affidabilità, malgrado l'esistenza di una causa di esclusione (c.d. self-cleaning).

Inoltre, rispetto ad alcuni ambiti, la semplificazione dovrebbe consistere in un intervento di "sottrazione", che possa rendere meno articolata e complessa la disciplina legislativa. Si pensi, per esempio, alla frammentazione delle soglie di valore dei contratti c.d. sotto-soglia e della relativa disciplina. Oppure, si pensi alle troppe ed eterogenee ipotesi in cui la stazione appaltante può incidere sulla sorte del contratto già stipulato.

La *seconda* linea d'intervento è quella di dare attuazione alle disposizioni più significative del codice che potrebbero incidere realmente in termini di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. In particolare, sembra ineludibile ridurre il numero delle amministrazioni aggiudicatrici, attraverso la valutazione delle capacità di progettazione, di affidamento, di verifica sulla corretta esecuzione del contratto (inclusi gli aspetti relativi al collaudo dell'opera). Contestualmente è necessario implementare il numero dei funzionari pubblici specializzati, ritornando a "valorizzare" gli organi tecnici interni delle pubbliche amministrazioni. La stazione appaltante deve essere in grado di pianificare, programmare, progettare, selezionare gli operatori e le offerte, controllare l'esecuzione, verificare la qualità della prestazione.

Sempre con riferimento al profilo relativo all'attuazione del codice del 2016, un dato significativo è rappresentato dal fatto che il sistema delle fonti di secondo grado è tuttora disorganico e perplesso. Dopo una prima 'infatuazione' per la c.d. soft law (rappresentata in particolare dalle Linee guida dell'Anac), che caratterizzava il testo originario del Codice, il decreto legge c.d. sblocca cantieri del 2019 ha previsto un ritorno allo strumento del regolamento 'unico' senza la contestuale abrogazione di tutte le linee guida in precedenza adottate. Tale regolamento non è stato ancora emanato e, peraltro, potrebbe lasciar fuori ambiti importanti (per esempio, appalti all'estero, dibattito pubblico, banca dati degli operatori economici). In questo modo si determina un'incertezza radicale sull'assetto e sulla transitorietà della disciplina attuativa vigente. Occorre, in ogni caso, evitare una (nuova) frammentazione delle fonti attuative del codice e rendere stabile e intellegibile la disciplina.

La scelta di fondo in ordine alle modalità di attuazione del codice spetta al legislatore, che deve definire senza ulteriori ambiguità il ruolo dell'Anac e la sua funzione di Autorità indipendente di regolazione.

La *terza* linea d'intervento dovrebbe mirare a implementare la digitalizzazione, con particolare riferimento alla necessità di rendere effettiva l'interconnessione delle differenti banche dati esistenti, senza dimenticare che anche nel settore dei contratti pubblici sono già previsti strumenti digitali che consentono l'incontro di domanda e offerta: si pensi al mercato elettronico (MEPA) per gli acquisti di beni, di servizi e di lavori di manutenzione sotto soglia comunitaria, rivolto in particolare alle PMI, e il sistema dinamico di acquisizione (SDAPA) per beni e servizi. Tali strumenti vanno migliorati e potenziati, anche attraverso il coordinamento più efficace dei soggetti aggregatori.

La necessità di intervenire anche sul codice antimafia

Non va infine dimenticato il rischio d'infiltrazione della criminalità organizzata in questo settore: si tratta di un profilo troppo spesso rimasto sullo sfondo del dibattito degli ultimi mesi. Da questo punto di vista, l'intervento di riforma dovrebbe riguardare anche il codice antimafia, e in particolare la disciplina delle misure interdittive che precludono all'operatore economico di contrarre con l'amministrazione. In questi anni il legislatore ha continuato a ignorare la necessità di un'ampia riforma delle disposizioni sulla documentazione antimafia e di un effettivo coordinamento di queste disposizioni con quelle del codice dei contratti pubblici (cfr. l'art. 108 in tema di risoluzione). Alcune recenti pronunce (cfr. Cons. Stato, ad. plen., n. 23/2020) sono significative del fatto che in relazione a profili fondamentali per il rapporto col privato, le disposizioni in tema di documentazione antimafia presentano lacune e contraddizioni insuperabili in via interpretativa. L'incertezza che ne continua a derivare è inaccettabile in uno Stato di diritto.

Più in generale, un modo nuovo di 'fare amministrazione', da più parti invocato in questi mesi, non può ignorare il profilo della tutela della legalità, anzi deve rappresentare il presupposto per impedire che la criminalità organizzata prosperi in un momento di crisi così grave per il Paese: l'interesse pubblico è per definizione 'alternativo' a quello criminale. Occorrono strumenti certi ed efficaci per perseguire e tutelare l'interesse pubblico: solo in questo modo si possono contrastare le radici del fenomeno criminale e, allo stesso tempo, sostenere gli operatori economici onesti (obiettivo non secondario rispetto al primo).