



**APPALTI E SEMPLIFICAZIONE:
VERSO UN NUOVO CONTESTO NORMATIVO**



“Norme migliori possono facilitare i processi, ma nessun legislatore ha il potere di rendere semplice ciò che in natura è complesso”

Intervista al prof. Aristide Police, professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università Luiss Guido Carli e componente della commissione tecnica nominata dal Consiglio di Stato per redigere il nuovo Codice dei contratti pubblici

Per centrare gli obiettivi del PNRR, l'Italia si è impegnata a rivedere le norme sui contratti pubblici, rendendole meno complicate e più aderenti alle prescrizioni europee. Con questo obiettivo, dopo vari stop and go, il 24 giugno 2022 è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la legge 21 giugno 2022, n. 78 recante la **Delega al Governo in materia di contratti pubblici**. La legge, contenente i principi su cui si baserà il nuovo Codice Appalti, prevede che il nuovo Codice debba essere approvato a inizio gennaio 2023 e sono in molti a sperare che si possa finalmente disporre di uno strumento capace di garantire al Paese uno sviluppo infrastrutturale rapido, efficiente e sostenibile. La stesura del Codice, in cui il Consiglio di Stato ha un ruolo fondamentale, dovrà seguire i 31 principi definiti dalla delega, alcuni dei quali hanno destato qualche preoccupazione tra i professionisti, che in alcuni casi non sono d'accordo con le novità in arrivo. “I problemi che si riscontrano negli appalti e nelle concessioni di lavori e opere pubbliche in realtà non si risolvono con una semplice disposizione o modifica legislativa; norme migliori possono facilitare i processi, ma nessun legislatore ha il potere di rendere semplice ciò che in natura è complesso”, ha commentato **Aristide Police**, professore ordinario di Di-

ritto Amministrativo presso l'Università Luiss Guido Carli e componente della commissione tecnica nominata dal Consiglio di Stato per redigere il nuovo Codice dei contratti pubblici, al quale abbiamo rivolto qualche domanda sulle novità più significative introdotte dal nuovo Codice.

Professor Police, la stesura del nuovo Codice è curata dal Consiglio di Stato. Questo significa che i lavori del Consiglio di Stato non dovrebbero subire particolari ritardi a seguito delle elezioni, dell'insediamento delle Camere e del nuovo Governo. Si può ragionevolmente continuare a pensare che il testo sarà pronto all'inizio di gennaio?

“I Lavori della Commissione istituita presso il Consiglio di Stato sono sostanzialmente terminati e quindi, è sicuramente ragionevole attendersi per gennaio la definitiva approvazione del decreto Legislativo ove il nuovo Esecutivo – come è molto probabile – condivida l'urgenza di approvare le nuove norme, che costituiscono una delle riforme qualificanti previste dal Piano Nazionale di Ripresa e resilienza”.

La stesura del nuovo Codice Appalti dovrà seguire i 31 principi definiti dalla delega. Quali sono le novità più significative?

“Le novità significative sono numerose sin dalle fondamenta del nuovo corpo normativo: la enunciazione dei principi guida

dell'azione amministrativa delle Stazioni appaltanti. Il riferimento è in primo luogo a una nuova declinazione del principio di legalità che viene iscritta nella logica del risultato, cioè della doverosità di conseguire in tempi ragionevoli i risultati attesi. A ciò si collega anche il principio secondo cui le procedure di affidamento devono concludersi entro termini predefiniti, la cui concreta quantificazione sarà stabilita da un Allegato al Codice. Il superamento dei termini costituirà silenzio inadempiuto e verrà valutato ai fini del rispetto del dovere di buona fede. Viene quindi riconosciuto un generale e molto significativo ‘principio di fiducia’, declinato assieme al principio di tutela dell'affidamento, recependo anche la giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato secondo cui la buona fede opera reciprocamente anche nei rapporti correlati all'esercizio del potere. In tale contesto si pensa di introdurre anche una norma che legittima l'azione di rivalsa della P.A. nei confronti dell'aggiudicatario illegittimo che abbia conseguito l'aggiudicazione violando i doveri di correttezza. Si è anche suggerito di introdurre una disciplina generale in materia di rinegoziazione, da applicare per la gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili (le vicende storiche belliche e pandemiche che viviamo ci segnalano quanto essa sia necessaria), tali da determi-

nare una sostanziale alternazione nell'equilibrio contrattuale. Si è poi inteso segnalare il rilievo del principio di tassatività delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare, con un duplice risvolto: da un lato, indicando la preferenza per riordinare nel Codice tutti i motivi di esclusione, in coerenza con i principi di qualità della regolazione e coerenza sistematica; dall'altro lato, con valenza precettiva, introducendo il divieto di introduzione di cause di esclusione con fonte regolamentare o con la *lex specialis* del bando di gara”.

Alcuni dei principi definiti dalla delega hanno destato preoccupazioni tra i professionisti, che, ad esempio, hanno espresso alcune perplessità sul divieto di prestazioni professionali gratuite, salvo in casi eccezionali e previa motivazione, temendo rischi per l'applicazione del principio dell'equo compenso. Cosa può dirci in proposito?

“Il tema deve essere valutato in un contesto nel quale il legislatore ritiene giustamente di maggiore garanzia e qualità le prestazioni che siano adeguatamente compensate rispetto a quelle gratuite che in qualche misura sovvertono gli ordinari principi di mercato. Questo vale però in generale, si pensi in particolare ai criteri di aggiudicazione dove si intende ribadire con maggior forza, sulla scorta delle direttive euronitarie, il generale favor, quantomeno nel

‘soprasoglia’, per il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa”.

Un altro principio prevede la riduzione dei livelli di progettazione per semplificare le procedure di aggiudicazione, ma i progettisti pensano che la misura comprometterà la qualità e la centralità del progetto posto a base di gara. Si corre questo rischio? A questo proposito, l'Oice ha diffuso un decalogo in base al quale viene riaffermata l'importanza della centralità e qualità del progetto.

“Della importanza del progetto si è ben consapevoli ma si deve anche essere consapevoli che la qualità della progettazione non deriva dai suoi molti livelli ma dalla puntualità di essi, a cominciare dal primo fra essi. E sul punto, l'esperienza ci insegna quanto una progettazione preliminare difettosa o lacunosa (e non certo per colpa del progettista) determini a cascata effetti molto negativi sui successivi livelli di progettazione. La Commissione istituita presso il Consiglio di Stato ha in ogni caso tenuto in grande considerazione i contributi partecipativi degli stakeholders e quindi anche quello presentato da Oice”.

La delega prevede la riduzione e la riorganizzazione delle stazioni appaltanti. In questo modo si può arrivare a decisioni più rapide e flessibili sugli appalti pubblici?

“È questo l'obiettivo del legislatore, semplificare a mezzo della concentrazione delle competenze indicando per tutti gli attori del sistema dei contratti pubblici le attività che gli stessi possono porre in essere (il che risulta di nodale importanza in special modo per i soggetti non qualificati) e il ruolo che rivestono (stazioni appaltanti e centrali di committenza) in relazione alla finalità di aggregazione e qualificazione della domanda pubblica. Si tratta di un disegno già in passato ipotizzato dal legislatore del vecchio Codice e dei recenti decreti ‘semplificazione’ ma poi in gran parte rimasto inattuato”.

Rimando sul tema delle stazioni appaltanti e della razionalizzazione delle centrali di committenza, riforme che già figuravano nel Codice vigente, ma che non sono state mai attuate: si parla della necessità di riforme in materia di qualificazione. Cosa si intende, precisamente, per qualificazione delle stazioni appaltanti?

“Si intende che possono svolgere questo delicato ruolo soltanto quei soggetti che sono dotati di adeguate risorse organizzative e professionali. Si tratta della più semplice attuazione del principio costituzionale del buon andamento nella organizzazione dei pubblici uffici (art. 97 Cost.), attuato nel rispetto dei principi di adeguatezza dei mezzi per il perseguimento dei fini e di proporzionalità fra gli uni (i mezzi) e gli altri (i compiti). L'inadeguatezza di risorse organizzative e di professionisti attrezzati è del resto una delle più evidenti cause delle patologie che

il giudice amministrativo quotidianamente riscontra in relazione all'aggiudicazione dei pubblici appalti. Ovviamente ciò vale soprattutto (se non esclusivamente) per gli affidamenti di maggior valore economico e di maggiore complessità tecnica. La Commissione intende proporre una 'copertura codicistica' delle linee guida cui ha lavorato ANAC sulla riqualificazione (che ridurranno molto il novero delle stazioni appaltanti qualificate). In tale ottica, la qualificazione per progettazione e affidamento dovrebbe far riferimento a tre soglie di qualificazione e ai requisiti di qualificazione (in linea con i lavori ANAC) che sono semplificati; si potrebbe quindi dare copertura anche alla natura 'idoneativa' e non 'a numero chiuso' del meccanismo di qualificazione delle stazioni appaltanti secondo le indicazioni della Commissione Europea. Infine, si suggerisce un sistema a maglie più larghe per l'esecuzione dei contratti rispetto a quello per l'affidamento, così consentendo, oltre che la semplificazione dei relativi requisiti, l'ampliamento delle possibilità di esecuzione anche da parte degli enti non qualificati per la progettazione e l'affidamento della specifica soglia, oltre che per gli enti non iscritti nell'elenco ANAC, di semplificare i relativi presupposti di qualificazione".

In quale ambito si annidano le maggiori resistenze? Quello degli amministratori locali potrebbe essere un esempio? Ce ne sono altri?

"Le 'gelosie' delle piccole amministrazioni locali sono assolutamente comprensibili, la rivendicazione delle competenze amministrative è una dinamica normale nell'equilibrio fra poteri istituzionali centrali e locali. Ma al di là delle normali e fisiologiche conflittualità, non si può tacere che vi sono alcune resistenze che hanno carattere patologico e che si giustificano in ragione di non commodevoli aspettative di alcuni attori del mercato di poter influenzare le decisioni pubbliche a livello locale. Rischio questo molto temperato laddove il livello decisionale viene accentrato in una organizzazione più strutturata e anche geograficamente più lontana dai minuti e privati interessi territoriali".

L'ANAC ha denunciato che la norma ha generato molti contenziosi a causa della sua indeterminata e dell'elevata discrezionalità attribuita alle stazioni appaltanti per le valutazioni e, in questo senso, occorrerebbe riscrivere la norma sull'esclusione dalle gare per gravi illeciti professionali, regolata dall'articolo 80 del Codice. Il nuovo Codice viene incontro a questa richiesta?

"Su questo tema, come accennavo, si è suggerito al legislatore di rispettare un ben principio di tassatività delle clausole di esclusione e una ben precisa riserva di legge per la loro indicazione".

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza può rappresentare un vo-

lano per l'applicazione di queste riforme?

"Il PNRR lo è senz'altro nella misura in cui da un lato gli attori del mercato (i professionisti e le imprese), dall'altro gli attori istituzionali (le stazioni appaltanti e le centrali di committenza) rispondano con patriottico coraggio, accresciuto impegno e rinnovato senso di responsabilità a una sfida che per le sue dimensioni è certamente al limite della possibile tenuta sia del mercato, sia del sistema istituzionale. In questo l'insegnamento di metodo che il Governo Draghi lascia al nuovo Governo è un dono prezioso che sono certo non andrà disperso: lavorare tanto, con grande professionalità e soprattutto in silenzio, lasciando parlare i risultati".

C'è chi pensa che la cancellazione di migliaia di stazioni appaltanti territoriali arrechi danno alle piccole e piccolissime imprese edili italiane che rischierebbero di rimanere escluse dalle procedure di affidamento? Lei cosa ne pensa?

"Si tratta di una preoccupazione che verrà fugata dal prossimo legislatore che, al contrario, sin dalla enunciazione delle norme di principio, ha introdotto un criterio per orientare la discrezionalità della p.a. in materia di requisiti

speciali di capacità, il favor per l'accesso al mercato e per la possibilità di crescita delle PMI, da bilanciare con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica. Peraltro, il suggerimento di favorire il metodo della c.d. suddivisione quantitativa porta a considerare come regola ordinaria quella della suddivisione in lotti proprio per assicurare un giusto favor per le PMI; favor rafforzato dalla previsione che, in ipotesi di non suddivisione, è stato previsto un obbligo motivazionale tenendo conto dei suggerimenti degli economisti. Ciò senza dire delle accresciute possibilità di ricorso al subappalto".

Una volta completata la stesura da parte del Consiglio di Stato, l'ultimo passaggio sarà rappresentato dal regolamento d'attuazione, una fonte normativa nata da un'esigenza specifica degli appalti di lavori pubblici che sono i più complessi e articolati non solo nella fase di affidamento, ma soprattutto di esecuzione. Dovrà riguardare solo gli appalti di lavori o anche i servizi e le forniture?

"In realtà la Commissione istituita presso il Consiglio di Stato, svolgendo un lavoro di razionalizzazione e di revisione e coordina-

mento delle linee guida dell'ANAC che avevano sostituito il vecchio e pervigile Regolamento ha già svolto una parte importante per l'adizione del futuro Regolamento. Certo non posso che convenire con il parere di molti studiosi ed esperti del settore secondo cui il regolamento dovrebbe costituire fonte di disciplina normativa secondaria non solo per gli appalti (e le concessioni) di opere, ma anche per forniture e servizi. Anche se per tali ultimi affidamenti l'esigenza di norme secondarie è ben minore - anche sul versante della esecuzione - rispetto a quanto accade per gli appalti e le concessioni di lavori".

Secondo lei, una semplice disposizione o modifica legislativa è sufficiente per risolvere i problemi che si riscontrano negli appalti e nelle concessioni di lavori e opere pubbliche? Quali altri interventi normativi, più generali, sarebbero da varare per rimettere pienamente in moto il settore?

"Da giurista non credo nel potere taumaturgico o salvifico delle norme. Norme migliori possono facilitare i processi, ma nessun legislatore ha il potere di rendere semplice ciò che in natura è complesso. E fra le principali complessità vi sono quelle che riguardano

le difficoltà che professionisti ed imprese hanno sia nell'accesso al credito sia, in questa particolare congiuntura economica, nella conduzione a livelli tollerabili dei costi di produzione a cominciare da materie prime, energia e costi di trasporto".

Da ultimo, cosa pensa in merito alla necessità di formare i professionisti e gli ingegneri in particolare su questa materia tecnico-giuridica? Faccio riferimento al Corso di formazione per ingegneri da istituire, su proposta del CNI, appena varato il nuovo codice.

"Gli ingegneri hanno una forma mentis che li predispone a essere straordinari giuristi. Ma la mutevolezza del quadro normativo (e la successione dei Codici è un ottimo esempio) e quella ancor più marcata e diuturna che deriva dall'incessante contributo interpretativo della Giurisprudenza amministrativa tende a destabilizzare il loro modus operandi, fortemente ancorato alle certezze cartesiane proprie delle scienze tecniche e quantitative. Per questa ragione un confronto con giuristi esperti del settore, o uno specifico Corso di formazione costituiscono una opportunità preziosa che andrebbe colta al volo!".



134083