

**Luci e ombre nella nuova legge delega per il recepimento
delle direttive europee su appalti e concessioni**

(elaborato in collaborazione con Avv. Ilenia Filippetti)

Il tema dell'innovazione del quadro normativo ed istituzionale che caratterizza l'affidamento dei contratti pubblici appare, in questi giorni, di primario articolare rilievo, considerato che appena lo scorso 29 agosto 2014 il Consiglio dei Ministri ha approvato lo schema del disegno di legge contenente la Delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE e della direttiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

Lo schema del disegno di legge è stato successivamente trasmesso alla Conferenza Unificata, ai fini dell'acquisizione del parere di competenza della medesima Conferenza, e su di esso le Regioni si stanno confrontando, proprio in questi giorni,

per tentare di elaborare una ponderata riflessione in ordine alle implicazioni giuridiche ma anche sugli impatti a carico del complessivo sistema degli appalti, che potranno derivare da una riforma così delicata e così importante, anche ai fini della crescita dell'intero *sistema-paese*.

La previsione di un nuovo corpo normativo unitario per gli appalti e per le concessioni dovrà rappresentare, auspicabilmente, l'occasione per l'abrogazione delle numerose norme *extravaganti* rispetto all'attuale codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, norme che si sono stratificate nel corso del tempo e che costituiscono un fattore di disorientamento e di complicazione procedimentale di non poco conto, tant'è che nella relazione del disegno di legge in esame si prevede espressamente l'abrogazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, "con effetto dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie".

Infatti, il recepimento delle nuove direttive deve costituire l'occasione per individuare le misure nazionali per migliorare e/o innovare l'attuale disciplina del Codice nell'ottica di semplificare la regolazione e i passaggi burocratici, ridurre i costi e i tempi e promuovere il finanziamento del settore privato, secondo una logica di risultato: il successo degli interventi non dovrebbe essere valutato sul numero delle norme

introdotte o eliminate, ma sull'effettiva riduzione dei costi e dei tempi. Nuove e buone norme del Codice sono una condizione necessaria, ma non sufficiente per garantire tempestività nella realizzazione delle opere pubbliche.

È infatti di tutta evidenza che l'esistenza di una molteplicità di norme – disperse, a loro volta, in differenti testi normativi – e recanti prescrizioni spesso non coerenti tra loro costituisce un fattore di forte disorientamento sia per gli attori pubblici sia per gli operatori economici che partecipano alle procedure di gara.

In questo senso, la redazione di un unico testo normativo che racchiuda, armonicamente, le norme destinate a disciplinare gli appalti pubblici e le concessioni potrà costituire non soltanto un fattore prezioso di semplificazione, ma anche un importante strumento di accelerazione delle procedure per l'affidamento dei contratti, nonché una leva di deflazione del contenzioso giurisdizionale.

Anche per quanto concerne, ad esempio, il tema della risoluzione delle controversie con metodi alternativi rispetto a quello giurisdizionale, appare oltremodo opportuno che, all'interno dell'emanando decreto legislativo, vengano previste specifiche disposizioni che possano definire un quadro armonico:

- dei soggetti deputati alla definizione delle controversie, evitando frammentazioni e sovrapposizioni che potrebbero essere, a loro volta, fonte di contenzioso e di rallentamenti nella consegna della commessa pubblica;
- delle norme, che possano così consentire un chiaro coordinamento con gli istituti processuali a loro volta contenuti nel codice di procedura civile e nel codice del processo amministrativo, al fine di evitare, ancora una volta, pericolose sovrapposizioni e disarmonie normative.

Nello schema del provvedimento di delega, tuttavia, non sembrano espressamente previsti i parametri ai quali il potere esecutivo dovrà attenersi nell'eventuale adozione di livelli di regolazione più dettagliati rispetto a quelli minimi richiesti dalle Direttive, ove tali più specifiche disposizioni si rendano eventualmente necessarie per ragioni sopravvenute.

Parimenti, nella delega non sembra adeguatamente chiarito se le norme dell'emanando decreto saranno volte a disciplinare esclusivamente gli appalti di importo di rilievo europeo oppure se, al contrario, tale decreto conterrà prescrizioni volte a disciplinare anche gli appalti di valore inferiore a tale importo.

Oltre a ciò, deve rilevarsi che, tra i criteri espressi nella delega, non sembra esser posto in adeguata considerazione il tema della modernizzazione dei metodi di lavori che le stazioni appaltanti

debbono seguire per l'affidamento degli appalti pubblici, con particolare riguardo alla sempre più rilevante necessità di ricorrere a strumenti telematici di negoziazione, e ciò non soltanto per il settore dei servizi o delle forniture, ma anche ai fini dell'affidamento dei contratti di lavori.

Anche sul tema della pubblicità legale e della necessità di una maggiore trasparenza, intesa quale più estesa conoscibilità dei dati relativi all'affidamento dei contratti pubblici, appare di fondamentale importanza procedere alla stesura di un testo normativo che comprenda tutte le norme dettate dal legislatore nel corso del tempo.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alle norme in materia di pubblicità legale contenute all'articolo 32 della ancor oggi vigente legge n. 69 del 2009, recante disposizioni *extravaganti* rispetto al decreto legislativo n. 163 del 2006.

Nel contempo, secondo la medesima logica di armonizzazione del sistema, appare essenziale che nel nuovo articolato normativo vengano riunificate e rese coerenti anche:

- le disposizioni dettate dal legislatore in tema di contrasto alla corruzione nei contratti pubblici, nonché
- le norme ispirate alla tutela della massima trasparenza, ancora nel settore dei contratti pubblici.

Ci si riferisce, in particolare, all'attuale esistenza di prescrizioni parzialmente difformi contenute in diversi testi normativi rapidamente susseguitisi nel corso del tempo e che hanno avuto un forte impatto sul procedimento per l'affidamento degli appalti pubblici; si veda, ad esempio, quanto prescritto, con norme parzialmente sovrapponibili:

- all'articolo 1, comma 32 della legge n. 190 del 2012, recante disposizioni in materia di contrasto alla corruzione;
- all'articolo 23, comma 1, lettera b) ed all'articolo 37 del decreto legislativo n. 33 del 2013, recante disposizioni in materia di trasparenza amministrativa.

Appare inoltre importante che, nell'ambito del nuovo testo, vengano previste decorrenze uniche, uniformi ed univoche per gli adempimenti in materia di pubblicità legale posti a carico delle stazioni appaltanti: si pensi, ad esempio, alla decorrenza – attualmente fissata alla data del 1 gennaio del 2016 – prevista per l'entrata in vigore del nuovo regime relativo alla pubblicità legale del bando di gara e degli esiti, con esenzione dall'obbligo di procedere alla pubblicazione, per estratto, anche sui quotidiani.

Alcuni oneri documentali attualmente posti a carico dei partecipanti alle procedure di gara non trovano un riscontro, immediato e diretto, nella normativa di derivazione europea. Si

pensi, ad esempio, all'istituto della verifica a campione dei requisiti speciali che vengono autodichiarati in gara dai concorrenti, verifica prevista all'articolo 48, comma 1 del decreto legislativo n. 163 del 2006 per gli appalti di servizi e forniture. L'istituto, la cui originaria previsione era legata a meccanismi di tutela della concorrenza, ha visto diminuire, nel tempo, tale sua caratteristica sostanziale ed ha finito per costituire un oggettivo ed ingente onere amministrativo posto a carico dei concorrenti; onere foriero, peraltro, di frequente contenzioso giurisdizionale, anche alla luce delle pesantissime conseguenze previste dal legislatore per il caso di mancata prova, da parte dei concorrenti, dei requisiti da essi precedentemente autodichiarati.

In via più generale, e nella già citata ottica di semplificazione amministrativa, sarebbe quindi opportuno che il nuovo articolato normativo favorisse il ricorso a meccanismi di controllo dei soli soggetti risultati aggiudicatari, in analogia a quanto già previsto dalla normativa nazionale in tema di documentazione amministrativa: si pensi, ad esempio, alle verifiche che le amministrazioni possono riservarsi di effettuare, a campione, sulle dichiarazioni sostitutive di certificati e di atti notori, ai sensi dell'articolo 71 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 2000, con le

conseguenti decadenze dai benefici comminate per legge in caso di mancata comprova.

Appare importante che l'adozione di un nuovo corpo normativo organico costituisca anche l'occasione per la razionalizzazione e l'unificazione delle molteplici banche dati con le quali, attualmente, le stazioni appaltanti devono interagire ai fini dell'affidamento degli appalti pubblici: basti pensare, ancora a titolo esemplificativo, alla sostanziale sovrapposizione delle funzionalità svolte dallo sportello unico previdenziale e dal sistema Avcpass gestito dall'Autorità Nazionale Anticorruzione ai fini del rilascio del medesimo documento unico di regolarità contributiva.

Giova peraltro evidenziare, che, in un'ottica di federalismo amministrativo, le Regioni possono testimoniare, a tale proposito, l'esistenza di significative buone pratiche, ispirate ai criteri dell'unicità e dell'univocità dei dati, consolidate nell'attività degli Osservatori regionali sui contratti pubblici, per quanto concerne:

- la pubblicazione dei bandi di gara e degli esiti delle procedure di affidamento degli appalti;
- la raccolta e l'elaborazione – nell'ambito di appositi rapporti regionali, elaborati con cadenza almeno annuale – dei dati relativi al monitoraggio del ciclo di vita dei

contratti pubblici aggiudicati dalle stazioni appaltanti dei propri territori di riferimento.

Il tema della tutela delle PMI – che rappresentano il sostrato produttivo del mercato nazionale ed europeo – costituisce, da tempo, il principio ispiratore di un’ampia serie di interventi normativi volti a favorire l’accesso alle commesse pubbliche proprio da parte delle piccole e medie imprese.

In tale contesto, si deve pertanto evidenziare che l’esigenza di procedere all’aggregazione della committenza pubblica, riconducibile all’esigenza di ridurre le centrali di committenza (ed, in definitiva, alla necessità di contenere la spesa pubblica) deve essere temperata con la previsione di istituti giuridici che consentano, efficacemente, la partecipazione delle PMI a procedure con importi a base d’asta aggregati ed, in quanto tali, considerevolmente elevati.

A tale proposito, sarebbe importante pertanto che l’emanando decreto legislativo preveda:

- l’introduzione di meccanismi efficaci che consentano alle centrali di committenza di suddividere agevolmente in lotti le gare da esse indette;
- di consentire – in via *soltanto residuale* – l’introduzione, nei bandi di gara, di criteri di selezione dei concorrenti fondati sul fatturato pregresso.

Non si può, obiettivamente, non concordare con l'attuale necessità di procedere alla razionalizzazione delle procedure di spesa e si reputa che tale importante obiettivo possa essere raggiunto attraverso una maggiore omogeneità – *ancora una volta: nel segno della semplificazione* – dei diversi adempimenti previsti per le differenti tipologie di procedure di gara.

Nel contempo, si ritiene che il tema della professionalizzazione delle stazioni appaltanti deve sempre e necessariamente passare attraverso:

- una semplificazione ed una maggiore omogeneità degli adempimenti da realizzare ai fini dell'espletamento delle procedure;
- una formazione continua degli operatori, che abbia, nel contempo, il carattere:
 - di formazione tecnica, ma anche
 - di formazione “valoriale”, con particolare riguardo al tema del contrasto alla corruzione ed all'illegalità negli appalti.

Più in generale, in ossequio al principio di autonomia amministrativa riconosciuta alle Regioni dalla Carta

costituzionale, si reputa inoltre importante che, anche nell'ambito dei processi di centralizzazione delle committenze, venga sempre salvaguardata dal legislatore l'autonomia organizzativa delle Regioni e ciò anche ai fini dell'individuazione delle articolazioni funzionali che, alla luce delle specifiche caratteristiche di ciascun territorio, possano più efficacemente rispondere alle esigenze di aggregazione della domanda pubblica: a tale proposito, si veda quanto già evidenziato dalla Conferenza delle Regioni nel parere espresso nella seduta del 16 ottobre 2014, a margine dell'intesa relativa agli schemi dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri relativi all'elenco ed al tavolo dei soggetti aggregatori.

Oltre a ciò, si deve notare che lo schema del disegno di legge in epigrafe fa espresso riferimento alla "riduzione del numero delle stazioni appaltanti", ma che, nel testo della delega, sembrano tuttavia mancare i – necessari – criteri e parametri cui il Governo dovrà successivamente attenersi nell'adozione delle effettive misure di riduzione del numero dei centri di spesa, con ciò potendo prefigurare possibili profili di illegittimità dell'emanando decreto legislativo.