

GLI SCENARI

Marcello Clarich

Ordinario di diritto amministrativo
presso l'Università degli Studi
di Roma "La Sapienza"

e **Giuliano Fonderico**

Avvocato e ricercatore di Diritto
amministrativo presso l'Università
"Luiss-Guido Carli" di Roma

APPALTI

Nell'ennesima riforma sui contratti pubblici l'incertezza è sovrana

IL TEMA DELLA SETTIMANA

Il decreto legge n. 32 va considerato come l'ultimo anello di una catena di tentativi di riforma della normativa in materia di contratti pubblici. L'obiettivo è introdurre regole più snelle volte a migliorare l'intero impianto. Ma come spesso accade, ci spiegano Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, ai buoni propositi e alla loro attuazione pratica si frappongono difficoltà di ogni genere e tipo.

APPALTI: SI PARTE CON L'ANALISI

Al via con la pubblicazione dello stralcio del decreto legge 32/2019, cosiddetto "Sblocca cantieri" e i primi commenti all'articolo 1, che corregge il codice dei contratti pubblici.

> servizio a pagina 36

LA VERSIONE DIGITALE

In anteprima sul web il numero della settimana all'indirizzo
www.guidaaldirittoitaliano24ore.com

La disciplina dei contratti pubblici pecca da molti anni di un requisito fondamentale: la stabilità delle regole. Apre inevitabilmente un'altra stagione di incertezza anche il recentissimo decreto legge 18 aprile 2019 n. 32 che introduce una serie di modifiche puntuali al Codice dei contratti pubblici approvato nel 2016 per recepire l'ultimo pacchetto di direttive europee in materia.

Va intanto ricordato che le linee portanti della normativa in materia di *public procurement* sono dettate da direttive europee che mirano ad aprire un mercato assai ricco (oltre il 12% del Pil nazionale) alla concorrenza a livello europeo assicurando parità di condizioni per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche. Alcuni Paesi (come per esempio il Regno Unito) hanno recepito le norme europee senza ulteriori appesantimenti nazionali.

In Italia, invece, poiché il settore dei contratti pubblici è ritenuto uno dei più esposti a fenomeni corruttivi e rischi di infiltrazioni mafiose (specie con riguardo ai subappalti) la normativa nazionale ha sempre integrato la normativa europea con ulteriori limiti e norme vincolistiche. Il Codice in vigore ha addirittura previsto un'apposita autorità di vigilanza e di regolazione, come l'Autorità nazionale anticorruzione (Anac), dotata di poteri particolarmente incisivi, incluso quello di impugnare gli atti relativi alle procedure di gara emanati dalle stazioni appaltanti.

La difficoltà da parte delle pubbliche amministrazioni di gestire un corpo così complesso di norme, la mole delle dichiarazioni e di adempimenti richiesti alle imprese in sede di partecipazione alle gare e il contenzioso promosso frequentemente dalle imprese non aggiudicatrici (economicamente oneroso dati gli importi elevatissimi dei contributi unificati) rendono il sistema degli appalti pubblici inefficiente e costoso tanto da costituire, soprattutto con riguardo al settore dei lavori pubblici, un freno agli investimenti pubblici e in ultima analisi allo sviluppo economico.

Da qui i ripetuti tentativi, per fini del tutto condivisibili, anche da parte del governo in carica, di introdurre regole più snelle volte a migliorare l'impianto normativo. Ma come spesso accade, tra i buoni propositi e la loro attuazione pratica si frappongono difficoltà di ogni genere e tipo. Con riguardo al Dl 32/2019, ora all'esame del Parlamento ai fini della conversione in legge, colpisce anzitutto la lunghissima gestazione, tenuto conto che già nell'estate scorsa la riforma del Codice dei contratti

**Non prevedibile
è la sorte del Dl 32/2019
che verosimilmente
subirà modifiche
in sede di conversione**

pubblici era inclusa tra le priorità del nuovo governo. L'ipotesi era anzi quella di agire su due binari: un decreto legge per introdurre le misure più urgenti; un disegno di legge delega per operare una riforma organica del settore dei contratti pubblici. In realtà, nel corso del 2018, lo stallo è stato pressoché totale, se si escludono pochissime disposizioni derogatorie, ad efficacia limitata al 2019, inserite nella manovra finanziaria di fine anno.

Lo stesso Dl 32/2019 ha seguito un iter particolare, sotto forma di una doppia approvazione da parte del Consiglio dei ministri, atteso che la prima delibera approvata "salvo intese" si era arenata per troppo tempo negli uffici ministeriali e la pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale* senza una nuova approvazione avrebbe costituito, come rilevato dalla presidenza della Repubblica, un'ulteriore degenerazione del procedimento legislativo. Quanto al disegno di legge di delega per una riforma organica i tempi presumibili sembrano piuttosto lunghi.

Non prevedibile è anche la sorte del D 32/2019 che verosimilmente, come accade quasi sempre per la decretazione d'urgenza, subirà modifiche in sede di conversione.

A oggi dunque l'incertezza regna sovrana.

Quanto ai contenuti, una prima linea di intervento è quella di ridimensionare il ruolo dell'Anac sostituendo vari poteri di regolazione sotto forma di linee guida con uno strumento normativo più tradizionale, sotto forma di regolamento governativo di esecuzione da approvare entro 180 giorni (comma 27-octies aggiunto all'articolo 216 del Codice). La regolazione flessibile sotto forma linee guida dell'Anac è stata accolta con ostilità e diffidenza dalle stazioni appaltanti e dalle imprese e la stessa Anac è stata accusata di cadere nel vizio della iperregolazione. La scelta del Dl n. 32, a ogni modo, non è quella di eliminare del tutto tale forma di regolazione, che in termini generali resta ma che a questo punto dovrebbe esaurirsi in veri e propri atti di *soft law* - come le linee guida meramente interpretative, i bandi tipo e altri atti di supporto per le stazioni appaltanti e gli operatori - lasciando la regolazione propriamente vincolante al regolamento governativo.

In ogni caso, il ritorno a uno strumento così complesso come il regolamento di esecuzione, che dovrà anche sostituire alcuni regolamenti ministeriali previsti dal Codice, accrescerà almeno per qualche tempo l'incertezza. È poco probabile, tenuto anche conto dei tempi lunghissimi di gestazione del precedente regolamento di esecuzione, che il termine semestrale di adozione venga rispettato. Nel frattempo, il decreto prevede che continuino a trovare applicazione le linee guida esistenti che però, a loro volta, sono superate per più aspetti dal decreto n. 32.

Varie disposizioni del decreto cercano di alleggerire le procedure per far "ripartire" gli appalti. Ci sono norme che consentono di affidare i lavori con un progetto definitivo semplificato, che rendono più snelle le procedure sotto soglia e che estendono gli spazi per il ricorso al subappalto. Le cause per cui le amministrazioni hanno rallentato il ciclo dei contratti pubblici non dipendono però dai soli vincoli procedurali, non è detto perciò che l'intervento raggiunga i fini sperati.

Un'ultima scelta di fondo è quella di eliminare dal processo

**Una scelta di fondo
è quella di eliminare
dal processo amministrativo
il cosiddetto rito
"super accelerato"**

In definitiva, il Dl 32/2019 va considerato come l'ultimo anello di una catena di tentativi di riforma della normativa in materia di contratti pubblici. Del resto, il Codice del 2016, come già il precedente del 2006, ha avuto il primato del maggior numero di modifiche puntuali subite dalla sua entrata in vigore. In realtà, il problema principale del *public procurement* nel nostro Paese è costituito forse, più che dalla cornice di regole, dall'eccessiva frammentazione e dalla scarsa competenza tecnica e giuridica delle stazioni appaltanti e da un sistema di imprese (spesso microimprese) anch'esso poco attrezzato. Ma proprio su questi versanti il sistema della qualificazione delle stazioni appaltanti e del *rating* delle imprese abbozzato dal Codice è rimasto per ora del tutto inattuato, anche per difficoltà oggettive di implementazione. Occorrerebbe forse uno sforzo di immaginazione per costruire istituti capaci di funzionare in astratto e, allo stesso tempo, di essere messi in opera con le poche risorse di cui dispongono le nostre amministrazioni. ➤

ACCONTO 2019 IMU E TASI

IN EDICOLA DAL 2 MAGGIO
CON IL SOLE 24 ORE A 9,90 €*
 Offerta valida in Italia fino al 16 giugno 2019
OPPURE ONLINE: offerte.ilsole24ore.com/accontolmutasi
 *Oltre il prezzo del quotidiano

