

Riflessioni a margine delle richieste di revisione del Codice dei contratti pubblici¹

settembre 2018

Contesto.

Nel corso dei mesi estivi si sono intensificate le **richieste di revisione delle regole** che presiedono il funzionamento del mercato dei contratti pubblici da parte di organizzazioni pubbliche e private, istituzionali, di categoria, politiche, **incalzate anche dai gravi accadimenti** di Genova.

Tali richieste, per un verso sono **dirette verso questioni specifiche** (subappalto, soccorso istruttorio, OEPV, oneri di comunicazione, etc.), la cui disciplina è ritenuta eccessivamente onerosa, burocratica, non conforme a obiettivi di semplificazione, buon funzionamento e trasparenza. A supporto di queste richieste non sono mancate iniziative pubbliche di confronto e consultazioni (si veda, ad esempio, quella del [Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti](#), attivata dall'8 agosto al 10 settembre 2018).

I risultati conseguiti da queste forme di dialogo partecipativo **non sembrano funzionali** al perseguimento degli obiettivi prospettati (garanzie di maggiore efficienza del sistema, semplificazione del quadro normativo, eliminazione delle criticità), né alla maggiore qualità delle scelte finali. In tal senso, la tesi sull'opportunità della loro attivazione fa sorgere (in questa circostanza) dei dubbi. Il rischio semmai è quello di svilire l'importanza di strumenti che sono espressione della cultura del dialogo e della partecipazione, come pure di deformazioni e abusi nel loro utilizzo.

¹ Nel contributo sono raccolte le riflessioni emerse in una serie di colloqui tra Michele Cozzio, Vittorio Italia e Luigi Gili nel corso dell'estate 2018. Sono riflessioni condivise anche con altri operatori e studiosi, pensiamo che possano rappresentare un riferimento utile per ulteriori e più approfondite valutazioni da svolgere in chiave propositiva al fine di superare le difficoltà che rallentano uno dei settori nevralgici della nostra economia.

Le richieste di revisione, **per un altro verso sono dirette nei confronti dell'impostazione complessiva** del nuovo assetto normativo. Il nucleo è costituito dal Codice (220 articoli e 35 allegati) affiancato non più dal tradizionale regolamento (ritenuto troppo ampio, dettagliato e confuso al punto da meritare l'appellativo di "mostro giuridico") ma da un **sistema satellite di atti attuativi**, "plurale, articolato e flessibile", con funzioni esegetiche e regolatorie, che dovrebbe rispondere ai **canoni di una legislazione capace di rinnovarsi rapidamente**, svincolata dai tempi delle procedure legislative ordinarie, redatta secondo uno stile ricco di elencazioni aperte ed esemplificazioni, in modo da renderla "più usufruibile sul piano della comprensibilità".

Al riguardo, non possono sottacersi i **ritardi nella fase di implementazione degli atti attuativi**, che perdurano dopo oltre due anni dall'adozione del nuovo Codice, ai quali si sommano le **difficoltà di adattamento** delle amministrazioni e degli operatori. Si tratta di ritardi e difficoltà che, senza volerli giustificare, paiono **comprensibili** tenuto conto delle **innovazioni profonde** che il legislatore nazionale ha introdotto nell'organizzazione del mercato dei contratti pubblici, con riferimento:

- alla **governance** del settore;
- alla **qualificazione della domanda** pubblica;
- alla **qualificazione dell'offerta**.

Tali ritardi e difficoltà sono alla base, tra l'altro, della tesi sull'opportunità di un **ripensamento delle scelte legislative operate**. Secondo questo orientamento, vi sono parti del Codice la cui articolazione e sviluppo andrebbe ricondotta necessariamente nell'ambito del rapporto legge/regolamento. In tal senso, le norme del Codice dovrebbero essere limitate all'essenziale, al "nucleo" della normativa statale sui contratti pubblici costituita soltanto da **norme basilari di principio**. Dagli attuali 220 articoli si dovrebbe pervenire ad un "Codice di principi" di non più di 50 articoli, espressi in termini sintetici, chiari, conoscibili e quindi comprensibili. Verrebbe inoltre ripristinato il regolamento, con funzioni esecutiva ovvero di attuazione e integrazione, con ampi margini di intervento per l'Esecutivo, ex art. 17 del d.lgs. 400/1988. Diversamente, le parti del Codice caratterizzate

da discrezionalità rimessa alle stazioni appaltanti continuerebbero ad essere integrate tramite Linee guida ed altri atti.

La tesi è suggestiva. Va ribadito, al contempo, che nell'attuale fase di **transizione dal vecchio al nuovo sistema** occorrono **particolari cautele** prima di dar corso a **ripensamenti e modifiche strutturali** che, seppur motivati da obiettivi condivisibili, rischierebbero di creare **ulteriori torsioni e fibrillazioni** con una nuova crisi del settore, dalla quale con non poca fatica si sta lentamente uscendo, come dimostrano i [dati riportati nell'ultima relazione dell'ANAC](#) (presentata il 14 giugno 2018) sull'andamento del mercato e quelli presentati nell'[audizione](#) del suo Presidente all'ottava Commissione permanente Lavori pubblici del Senato (30 luglio 2018).

Sono **cautele** che ritroviamo anche nell'ambito della nuova **strategia sugli appalti pubblici** promossa dalla Commissione europea (ottobre 2017), che **delinea un quadro comune di obiettivi e interventi** da realizzare in modo **collaborativo** con le autorità (nazionali e locali) degli Stati membri e gli operatori. La particolarità sta proprio nell'aver scelto **di non imporre nuovi obiettivi e interventi tramite atti giuridicamente vincolanti**, tenuto conto anche del **breve lasso di tempo** intercorso dalla riforma europea degli appalti pubblici e dal termine per il recepimento (aprile 2016).

La strategia europea è raccolta in una serie di atti di *soft law*: due Comunicazioni (sulle priorità strategiche COM/2017/572; sulle procedure di valutazione *ex ante* COM/2017/573), una Raccomandazione (sugli orientamenti in materia di professionalizzazione C/2017/6654), una raccolta di buone pratiche (SWD/2017/327).

Possibili coordinate per interventi di miglioramento.

Quanto descritto costituisce elemento di contestualizzazione preliminare per la definizione delle coordinate da porre a presidio di **eventuali interventi**. Sussistono, infatti, **necessità di miglioramento** verso le quali muovere, sulla base di scelte chiare e inequivoche, regole (e procedure) semplici e comprensibili, riduzione di oneri non necessari.

* * *

Un **primo gruppo di interventi** dovrebbe essere **orientato** al completamento in tempi ragionevoli del quadro normativo prefigurato dal Codice. L'insieme degli atti attuativi previsti e ancora non adottati non si limita, infatti, a indicare buone prassi comportamentali o definire aspetti di dettaglio ma costituisce una vera e propria **integrazione delle norme primarie** (altrimenti incomplete), anche su aspetti cruciali quali quelli della qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori.

In questa direzione è auspicabile che sia **resa operativa** la **Cabina di regia** presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (art. 212, Codice dei contratti), alla quale spetta "**curare**" e "**coordinare**" proprio la fase di attuazione del Codice. L'esercizio di tali funzioni può tradursi anche in proposte di modifiche al fine di garantire "omogeneità", "certezza giuridica", "coerenza reciproca", rispetto delle tempistiche per l'adozione dei decreti attuativi e delle linee guida. In altri termini, alla Cabina spettano **funzioni nevralgiche di indirizzo e coordinamento**, il cui mancato svolgimento ha concorso a rendere più difficoltosa l'intera riforma iniziata due anni fa.

Si consideri, in via esemplificativa, l'assenza a tutt'oggi di **testi unici integrati**, organici e omogenei - (rimessi dal Codice alle funzioni della Cabina di regia) -, che accorpino **il sistema degli atti attuativi del Codice in una sede unitaria**, evidenziando altresì quale sia lo stato dell'arte circa la loro adozione/mancata adozione ed eventualmente la disciplina applicabile nella fase di transizione. Già l'elaborazione di **questi semplici strumenti di**

supporto potrebbe contribuire a ridurre la complessità giuridica lamentata dalle amministrazioni e dagli operatori.

Il **completamento dell'assetto normativo** non si risolve **una tantum** con interventi formali e tecnicismi giuridici, va inteso piuttosto come **esercizio continuo** da svolgere anche valendosi di apporti ulteriori a quelli giuridici, specie in relazioni ad analisi su misurazioni ed evidenze empiriche riguardanti:

- l'andamento del mercato;
- la capacità (dell'assetto normativo) di rispondere alle richieste di chiarezza operativa provenienti dalle amministrazioni e dagli operatori;
- la capacità (dell'assetto normativo) **di perseguire obiettivi strategici** di settore (quali quelli riportati nell'ambito della "[Strategia nazionale per la riforma del sistema degli appalti pubblici](#)" nonché nell'ambito della [nuova strategia europea](#)).

* * *

Un **secondo gruppo di interventi**, il cui sviluppo può essere contestuale a quelli richiamati, dovrebbe essere **orientato** verso **obiettivi di semplificazione** da conseguire anzitutto sul piano della formulazione delle regole e su quello delle procedure.

L'attuale Codice è un testo ampio, di difficile conoscenza e applicazione, contenente anche norme che meriterebbero di essere stralciate e che non si "legano" in modo armonico con le Linee guida dell'ANAC. L'attuale sistema normativo dei contratti pubblici è perciò un sistema "squilibrato", che richiede modifiche non limitate alla micro modificazione di alcune "tessere" del "mosaico normativo" costituito dal Codice.

Si tratta di interventi che, al pari di quelli sopra ricordati, richiedono un **esercizio continuo**, imposto dalla velocizzazione della vita economica (anche per il tramite delle nuove tecnologie) e con essa dall'accelerazione del tempo giuridico e del divenire delle regole. Proprio la ricerca di *fast regulation* è alla base delle innovazioni sulle fonti e sulla formazione delle regole che

differenziano l'attuale Codice dei contratti pubblici dalla previgente legislazione. **La nuova impostazione può essere mantenuta ma, come detto, migliorata.**

Sul piano giuridico, interventi specifici dovrebbero condurre:

- alla **riduzione delle norme** del Codice, da conseguire attraverso:
 - la **riscrittura progressiva** di parti del Codice, secondo termini sintetici, chiari, conoscibili e quindi comprensibili;
 - la **sottrazione** di quelle norme che per contenuto e specificità possono essere collocate nell'ambito degli atti attuativi (eventualmente ripristinando un regolamento);
- una **maggiore chiarezza di contenuto** delle Linee guida, da caratterizzare:
 - nelle parti vincolanti, con formulazioni sintetiche dotate di chiarezza redazionale, facilità di comprensione e applicazione;
 - nelle parti non vincolanti, con adeguatezza dei contenuti e della terminologia.

In generale, il formato delle Linee Guida necessita di formulazioni più contenute, immediate ed intellegibili. Al riguardo si sono forse sottovalutate le richieste di chiarezza operativa ed applicativa espresse dalle amministrazioni, loro destinatarie e di fatto unico soggetto giuridicamente responsabile del sistema, a differenza del Legislatore, delle Amministrazioni indipendenti ed anche dei Giudici, ciascuno a diverso titolo partecipante alla regolazione del settore.

Il perseguimento ottimale di tali obiettivi di semplificazione dovrebbe essere condotto con approcci innovativi, valorizzando competenze non soltanto di stretta appartenenza al circuito della cultura giuridica ma anche di altri ambiti (in linea con gli sviluppi digitali attesi anche per questo settore) come pure l'esperienza accumulata sul campo dalle migliori professionalità.