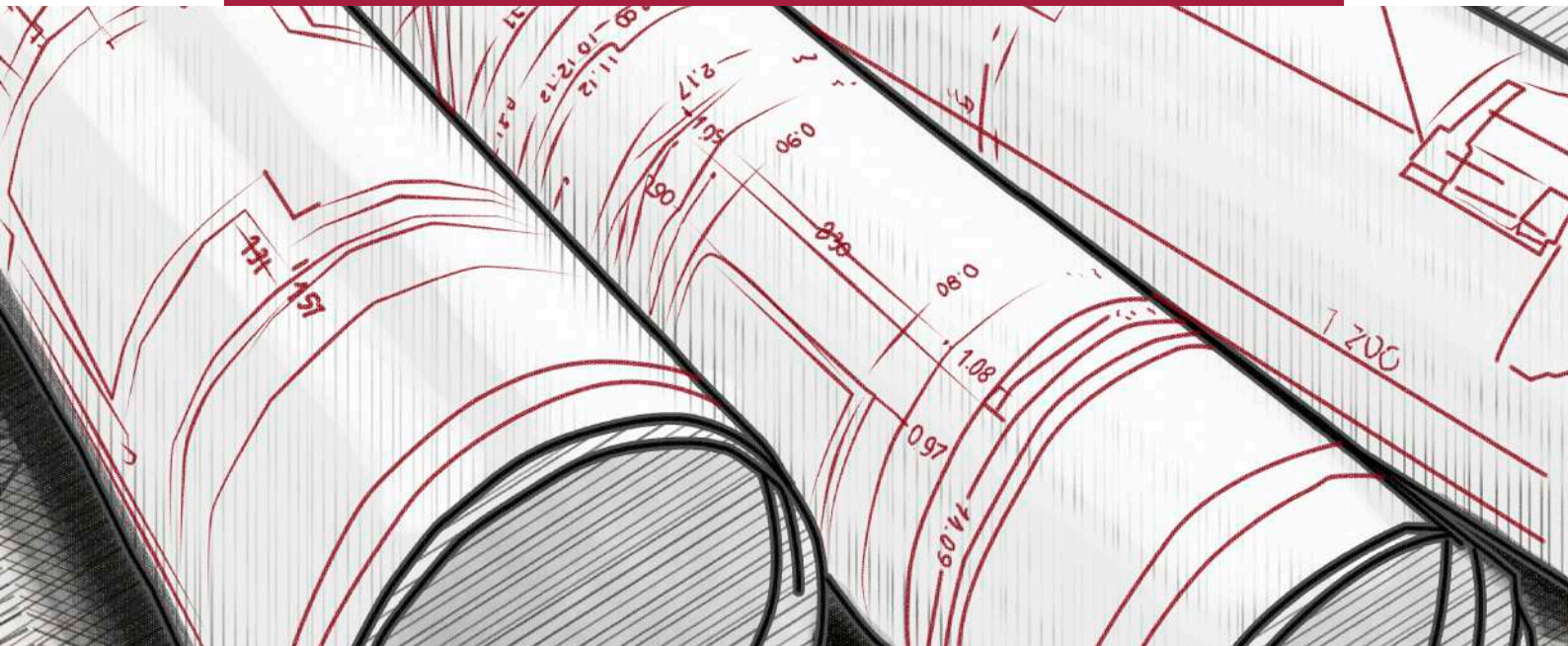


**IL DECRETO RILANCIO ED IL NODO
DEGLI APPALTI: UNA RASSEGNA
E QUALCHE RIFLESSIONE**

GIUGNO 2020



LaScala
SOCIETÀ TRA AVVOCATI

www.lascalaw.com - www.iusletter.com

Milano | Roma | Torino | Bologna | Vicenza | Ancona

SOMMARIO

INTRODUZIONE

CAPITOLO PRIMO

I FATTI.....5

CAPITOLO SECONDO

I TEMI.....7

CAPITOLO TERZO

LE RIFLESSIONI.....8



INTRODUZIONE

Da qualche settimana, ormai, si rincorrono, anzi si accavallano, opinioni, notizie, strategie e proposte sul settore degli appalti, e su come attivarlo, o riattivarlo. Sembra, allora, opportuno anzitutto catalogare e mettere in ordine i fatti ed i temi, per trarne qualche spunto di riflessione che segua un filo conduttore.



CAPITOLO PRIMO

I FATTI

I fatti, in ordine cronologico (ante, durante e post emergenza) riguardano un settore economico che a regime vale, o varrebbe per l'Italia, circa 90 miliardi, dei quali molti già stanziati e disponibili per l'utilizzo; senza contare l'effetto volano o moltiplicatore che, per la sola edilizia (cioè senza contare servizi e forniture), è mediamente stimato dagli economisti in tre volte tanto.

Il testo di riferimento dal quale prendere le mosse è il codice dei contratti pubblici del 2016. Esso, da una parte, si è caratterizzato per scelte che hanno fatto e fanno discutere. Ne citiamo due, ciascuna esemplare.

La prima, le famose linee-guida, esempio di *soft law*, le quali, al di là del glamour anglicizzante, avrebbero dovuto snellire il passaggio dalle norme sugli appalti all'amministrazione degli appalti, ma in realtà hanno creato una serie di problemi tali che il D.L. Sblocca-Cantieri del 2019 ha introdotto una modifica (distinguendole tra vincolanti e non) e programmando l'adozione di un regolamento.

Non è qui che possiamo approfondire il tema, ma è certo che se l'idea era quella

di ridurre la quantità di norme regolamentari affidandosi appunto a linee guida per capitoli o per settori, essa sembra aver avuto difficoltà applicative intanto per l'ambiguità concettuale dello strumento (un *tertium genus* tra legge e regolamento, emanato da un'authority) e poi perché molte norme regolamentari erano comunque state incluse nel codice; tanto che è (ma non è detto...) appunto in gestazione di nuovo un regolamento.

La seconda, discussa, scelta è stata proprio quella di inserire, all'interno del codice, norme di legge e regole amministrative, oltre a indubbe confusioni concettuali (quella sui contratti misti, ad esempio) oppure categorie metagiuridiche (la 'cessazione' della concessione).

Tutta colpa del codice? Certamente no, anche perché, al di là del fatto che nel 2018 e nel 2019 gli appalti erano in discreto se non buono aumento, alcuni aspetti (per esempio le procedure di emergenza: v. più avanti) hanno dimostrato sul campo di poter funzionare.

E poi perché su alcuni aspetti ci sono stati attriti e viscosità (dalla tenuta degli albi, ancora non chiarita e organizzata



DIRITTO AMMINISTRATIVO

tra MIT e ANAC, all'insufficiente digitalizzazione delle procedure ed alla mancata riduzione delle – ben 32.000 – stazioni appaltanti) che di fatto ne hanno rallentato e di molto la messa a regime.

Su tutto ciò da tre mesi si è innestata l'emergenza COVID, la quale, per gli appalti, si converte prima di tutto nella necessità di approvvigionamento di materiale sanitario.

La scelta è stata quella di procedere non già con metodi alternativi (pure possibili, come anche una raccomandazione dell'UE si è curata di precisare) ma di utilizzare gli strumenti emergenziali del codice: quindi dichiarazione dello Stato di emergenza, successiva decretazione della Protezione Civile e determina di CONSIP con attivazione di procedure negoziate d'urgenza ex art. 63.2.c) del codice. L'impressione, nel momento in cui la tempesta sta calando di intensità, è che il sistema tutto sommato abbia funzionato: i ritardi per sequestri o requisizioni di merci in transito da parte di autorità straniere certo non sono addebitabili a tale scelta.

Nel post emergenza, abbiamo già avuto delle norme di legge contenute, appunto, nel c.d. Decreto Rilancio, in attesa della legge di conversione e soprattutto dell'annunciato decreto semplificazioni.

Nel decreto rilancio troviamo: l'art. 65, che esonera temporaneamente dal pagamento dei contributi ANAC; gli artt. 81 e 264, che modificano e semplificano (il secondo più in generale) i procedimenti amministrativi; l'art. 109 che riprogramma dalle pubbliche amministrazioni verso i settori socio-sanitari più bisognosi

le prestazioni di servizi e personale; l'art. 153, che sospende le verifiche ex art. 48-bis DPR n. 602 del 1973 ed infine l'art. 207, che sin sostanza eleva l'importo che può essere versato in acconto a gli appaltatori.

Tutte norme, come si vede, ancora di tipo emergenziale e che, ovviamente, dovranno lasciare il posto ad un intervento organico (l'annunciato decreto semplificazione) che riprogrammi e riavvii l'intero settore.

Da ultimo, non si può evitare di parlare del bazooka comunitario: circa 170 miliardi di euro destinati all'Italia, parte da restituire, parte no. E parlerei, tuttavia, anche dell'autobazooka, cioè della quantità di fondi comunitari che continuiamo a non impiegare: vecchio problema, ma evitare cotanto spreco meriterebbe quasi un ministero dedicato.

Da tre mesi si è innestata l'emergenza COVID, la quale per gli appalti, si converte prima di tutto nella necessità di approvvigionamento di materiale sanitario.



CAPITOLO TERZO SECONDO

I TEMI

I temi sono, evidentemente, molteplici e intersecati: ne scegliamo quattro, per importanza ed effetto domino sul resto.

L'emergenza sanitaria e la successiva crisi si sono innestate su un settore che, lentamente, cominciava a riprendersi, regolato da un codice in chiaroscuro, si direbbe in cerca di un'identità. Ma soprattutto in un clima politico-economico caratterizzato da una erronea percezione delle modalità di regolazione del settore, per la quale tutto deve o dovrebbe essere normato, anche e soprattutto in chiave anti corruzione e tutto era soggetto a controllo e impugnazione.

Di qui la necessità di **'semplificare'**, da tutti invocata (da anni) e poi declinata variamente, ma senza giungere a risultati concreti.

Inevitabilmente collegata alla semplificazione, anche se qua dovrebbe parlarsi di velocizzazione, è la questione del **modello di ripartenza**: commissari 'modello Genova' oppure utilizzo del codice per la parte 'buona', cioè rapida, magari con parziale sospensione del medesimo? Forse tutti e tre insieme.

Altro tema, meno presente nei dibattiti ma che può essere la chiave di volta, riguarda quelli che chiamerei gli **applicativi del codice** lasciati a metà: in particolare albi e banche dati, ma soprattutto, il quarto tema che è la questione-madre, oggetto, non a caso, di un recente documento inviato da Bankitalia a ANAC, che è quella della **digitalizzazione degli appalti**.

L'emergenza sanitaria e la successiva crisi si sono innestate su un settore che, lentamente, cominciava a riprendersi, regolato da un codice in chiaroscuro, si direbbe in cerca di un'identità.



CAPITOLO TERZO

LE RIFLESSIONI

Le riflessioni, dunque, riguarderanno i quattro temi appena indicati.

Il problema della **semplificazione** deriva dall'aver conciliato, attraverso un medio logico, il funzionamento degli appalti con la necessità di arginare fenomeni di devianza criminale (corruzione, peculato), insomma tutta la parte sanzionatoria che può ruotare intorno agli appalti. Non è questa la sede per parlare dei danni che la corruzione (come la gemella evasione fiscale) causano al paese, ma c'è probabilmente una questione culturale da risolvere.

Da circa un decennio si è infatti ritenuto che per difendere il mondo degli appalti dalla corruzione fosse necessario e sufficiente utilizzare un medio logico, appunto, individuato nella normazione di ogni condotta fino alle minuzie. Col risultato di rendere farraginoso e lentissimo l'intero sistema, aumentare il contenzioso e comunque non risolvere in radice il fenomeno corruttivo, come le statistiche dimostrano.

Per semplificare, probabilmente, occorre impostare una nuova cultura di governo

ed amministrazione, che consideri, anzitutto, che una certa dose di discrezionalità è necessaria da parte delle stazioni appaltanti e, al contempo, sia equilibratamente decisionista, cioè consideri un arricchimento e non un appesantimento il coinvolgimento delle amministrazioni (e delle sensibilità tecniche e politiche) interessate.

Insomma, non sempre l'applicazione di una forza uguale e contraria significa risolvere il problema. Basti pensare alla vecchia l. 109/94 (la c.d. Merloni) che all'indomani di Mani Pulite mise al centro del sistema il massimo ribasso, per evitare commistioni e affari illeciti, col risultato che le imprese facevano ribassi spaventosi per vincere le gare e poi li scaricavano su altre voci di costo (sicurezza, per esempio, o materiali), ma soprattutto senza che il malaffare fosse estirpato.

Da circa un decennio si è infatti ritenuto che per difendere il mondo degli appalti dalla corruzione fosse necessario e sufficiente utilizzare un medio logico, appunto, individuato nella normazione di ogni condotta .

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Ora è lo stesso: l'amministrazione dev'essere lasciata libera di amministrare e quindi di usare il proprio strumento tipico, che è quello della discrezionalità.

Il contrappeso dev'essere, ovviamente, quello della chiarezza anzitutto delle condotte (e non a caso si parla di riforma della fattispecie dell'abuso di ufficio) col corredo di sanzioni efficaci ed effettive, per evitare che essa sia ingessata da una non chiara iperproduzione normativa e regolamentare oppure, ad esempio, subisca addirittura un pregiudizio dal doveroso coinvolgimento di tutte le amministrazioni interessate, necessario in società ed economie complesse.

In sostanza: dobbiamo pensare a norme di legge e regolamenti quanto basta, allo sfoltimento o snellimento (attraverso l'uso sapiente della conferenza di servizi, per esempio, o del silenzio assenso) della pareristica pubblica, sia vincolante che obbligatoria, a sanzioni adeguate ed effettivamente applicate per condotte chiaramente definite, ma non usate come spauracchio. Vaste programme avrebbe detto (pare) De Gaulle, ma, a titolo di esempio preso dalla realtà degli ultimi mesi, quanto tempo ed efficienza si guadagnerebbero dallo svolgimento obbligatoriamente a distanza delle conferenze di servizi?

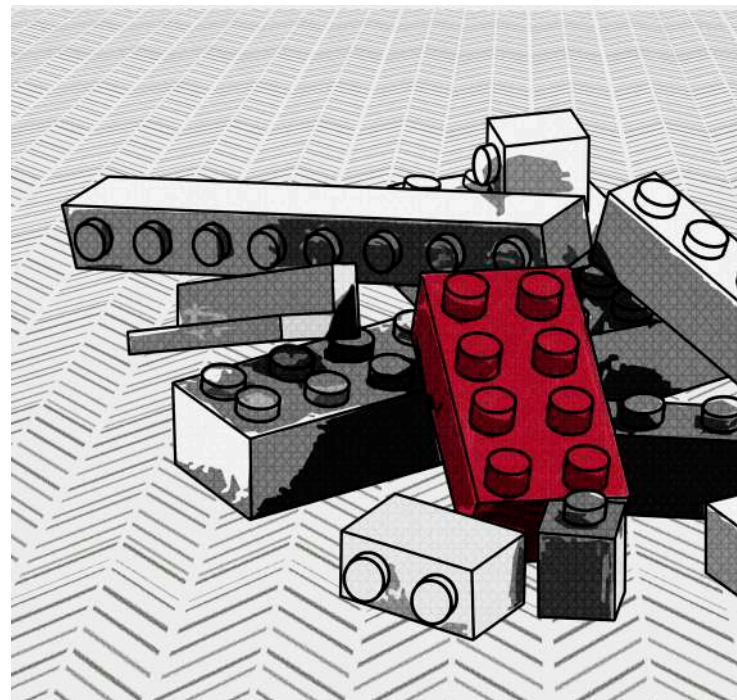
Dalla semplificazione alla velocizzazione il passo è breve, anzi sembrano, in questo caso, quasi sinonimi. E per velocizzare si discute, appunto, sul **modello di ripartenza**.

Si parla molto del 'modello Genova', cioè del commissariato che, scavalcando

il codice, ha gestito la ricostruzione del viadotto Polcevera (noto come ponte Morandi).

Ma la questione, dal punto di vista giuridico (altro è quello politico, ovviamente) non è così semplice.

Basti considerare che i tre problemi più rilevanti per le grandi opere (localizzazione, impatto ambientale e progettazione) erano già risolti in partenza. I primi due perché si trattava di demolire e ricostruire, quindi non si erano neanche posti. Il terzo risolto 'per chiara fama', avendo Renzo Piano donato alla sua città il progetto.



Ma che ne sarebbe applicandolo ad ampio raggio a tutte le grandi opere? Per esempio il TAV Torino-Lione? Come si potrebbero bypassare parti importanti della normativa su opere ancora allo stato iniziale? Senza ipotizzare un generalizzato commissariamento, ipotesi davvero priva di senso, probabilmente la

soluzione migliore è una sorta di modulo a tre stadi.

Anzitutto non è necessario escludere ideologicamente il commissariamento, ma limitarlo davvero a casi eccezionali e particolari, vuoi dal punto di vista dell'urgenza vuoi da quello dell'interesse pubblico e della rilevanza.

In secondo luogo - ed il tema è stato sollevato anche dal Presidente dell'ANAC di recente - efficientare il codice specie sull'utilizzo delle procedure di urgenza e dunque mettere in condizione le stazioni appaltanti virtuose di operare davvero. Infine, e insieme, sospendere temporaneamente, magari richiedendo apposita deroga all'UE, l'applicazione di Direttive e norme di recepimento su procedure più complesse ed articolate, incompatibili con le necessità del rilancio, per utilizzare appunto con più ampia libertà le procedure più rapide. Di nuovo, un *vaste programme*.

Passando a quelli che ho definito **applicativi del codice**, ce ne sono almeno tre che possono e debbono essere fatti partire e che avrebbero effetti di immediato beneficio: la banca dati nazionale degli operatori economici, l'albo dei commissari e le piattaforme informatiche pubbliche, non a caso tutte e tre funzionali alla complessiva digitalizzazione degli appalti.

Con la prima, infatti, si renderebbe funzionale e funzionante l'iscrizione dell'impresa alla partecipazione alle gare e, prima, alla verifica dei requisiti. Si tratta di risolvere la querelle tra MIT e ANAC: scelta politica, scelta difficile, ma necessaria.

Il secondo consentirebbe di razionalizzare il grosso delle gare, che sono quelle delle piccole stazioni appaltanti, selezionando, valutando e verificando il personale che fa le scelte.

La terza legherebbe il tutto; e non è un caso che ancora pochi giorni fa ancora il Presidente dell'ANAC abbia invocato il decreto attuativo, che manca da quattro anni. Tutti e tre gli applicativi sono a buon punto, basterebbe uno sforzo finale, supportato dalla scelta politica. E si tratta sicuramente di un *modeste programme*: l'analisi costi benefici è spietatamente a favore dei secondi.

E da ultimo veniamo alla **digitalizzazione degli appalti**, che probabilmente è la vera svolta, ma che è lo sbocco quasi naturale di un percorso.

Dico subito, infatti, che, se gestita insieme agli altri aspetti, essa sembra molto meno complicata di quanto appaia: a





DIRITTO AMMINISTRATIVO

parte la piattaforma informatica di cui sopra, che darebbe un unico alfabeto a tutto il settore, basti pensare alla rapidità con la quale, a BDOE funzionante, le operazioni di verifica dei requisiti potrebbero essere condotte telematicamente.

Detto questo, è ovvio che la digitalizzazione, anzitutto, passa attraverso un uso corretto e razionale degli algoritmi; in secondo luogo, non contraddice il richiamato recupero della discrezionalità 'quanto basta' delle stazioni appaltanti, ma anzi la favorisce, perché ne ottimizza l'intervento, riducendo i tempi di lavorazioni su questioni oggettive.

Come conferma il già richiamato studio di Bankitalia, infatti, una effettiva digitalizzazione degli appalti porterebbe almeno tre vantaggi. Il primo, indubbio, è quello della velocizzazione e oggettivizzazione, in stretta connessione con la riduzione degli inconvenienti e incidenti materiali relativi ai plichi, alla ricezione e quant'altro.

La tecnologia, ormai (lo vediamo anche nel processo civile ed amministrativo) consente di effettuare la trasmissione di dati e documenti in assoluta sicurezza, così come la parte non discrezionale dell'attività può essere risolta, come detto, con algoritmi idonei, sempre nei limiti delle regole UE, ormai recepite e fatte proprie anche dal Consiglio di Stato.

Mi riferisco, in particolare, alla regola HITL (human-in-the-loop), che richiede la presenza di un contributo umano nella sequenza procedimentale, ed agli artt. 49 e 56 della c.d. Carta Robotica del 2017,

a tenore dei quali l'uso del software o algoritmo non esime chi lo predispone dall'imputabilità: il che non vuol dire dare la stura a praterie di contenzioso, ovviamente.

Il secondo è un salto di qualità nella trasparenza e nella lotta alla corruzione. Le regole che non prevedono discrezionalità verrebbero infatti applicate in maniera asettica e oggettiva, così come, ad esempio, l'accesso agli atti sarebbe garantito e presidiato ex ante.

Con quanto guadagno nell'allocazione e nell'uso delle risorse pubbliche è difficile da quantificare, ma facile da immaginare.

Da ultimo, ma non per ultimo, la digitalizzazione porterebbe inevitabilmente alla razionalizzazione delle stazioni appaltanti, mediante una selezione delle medesime e soprattutto un naturale indirizzamento verso gli appalti congiunti: altro tema foriero di grandi vantaggi economici per le casse dello Stato ed i tempi di selezione ed affidamento.

Vaste ou modeste programme? L'impressione, come detto, è che, inserita nel pacchetto di misure qui considerato, essa sia molto meno complicata di quanto sembri. Staremo a vedere se ci sarà il coraggio di scelte che trasformino concretamente, al di là dei proclami, la crisi in possibilità di rilancio. I mezzi normativi, tecnici e – ora – finanziari, ci sono.

Autore

Pierluigi Giammaria - Of Counsel

p.giammaria@lascalaw.com

Contatti: *redazione@iusletter.com*

Supplemento a **IusLetter** del 5/06/2020



Testata registrata il 24.09.2001, presso il Tribunale di Milano, al n. 525/01.
Proprietà dell'Associazione Professionale LA SCALA SOCIETA' TRA AVVOCATI.



Numero chiuso il 5 giugno 2020

LaScala
SOCIETÀ TRA AVVOCATI

www.lascalaw.com - www.iusletter.com

Milano | Roma | Torino | Bologna | Vicenza | Ancona