

Dopo il Consiglio dei Ministri occhi puntati sul futuro Codice degli appalti

di Luigi Donato

20 Dicembre 2022

Il Governo ha, come previsto, approvato la bozza del nuovo Codice degli appalti. Ed è subito partito il dibattito tra lodi e critiche; cerchiamo di seguirlo ma senza dimenticare che quello che conta è il funzionamento di un sistema che le singole norme andranno a comporre.

Il Governo ha rappresentato la propria posizione attraverso un comunicato (con annesse slides) che riassume le novità. Si parte dall'enfasi dedicata alla digitalizzazione: un vero e proprio "motore" per modernizzare tutto il sistema dei contratti pubblici e l'intero ciclo di vita dell'appalto, un "ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale". Si mira a dare slancio alla programmazione inserendo l'elenco delle opere prioritarie direttamente nel Documento di economia e finanza (DEF). Per velocizzare sarà possibile superare il dissenso nella conferenza di servizi con un decreto del Presidente del CdM; la valutazione dell'interesse archeologico andrà conclusa in parallelo.

Le soglie per l'affidamento diretto e per le procedure negoziate introdotte, in via eccezionale, dal d.l. 76/2020 sono rese stabili (spicca la procedura negoziata senza bando per lavori fino a 5.382.000 di euro). Stessa scelta per l'appalto integrato (progettazione/lavori) e per la figura del "general contractor" (cancellata dal Codice del 2016); si semplifica la normativa per il partenariato pubblico-privato. Si prevede la possibilità per le stazioni appaltanti di determinare l'appalto e i lotti senza obbligo di specifica motivazione. Viene introdotta la possibilità di consentire il "subappalto a cascata", sulla scia degli orientamenti europei. È confermato l'obbligo di inserimento delle clausole di revisione prezzi al verificarsi di una variazione del costo superiore alla soglia del 5%, con il riconoscimento in favore dell'impresa dell'80% del maggior costo.

Allo scopo di fugare la “paura della firma”, per la responsabilità amministrativa si esclude la “colpa grave” se si seguono a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o pareri delle autorità. Si riordinano le competenze dell’ANAC.

Nei procedimenti dinanzi alla giustizia amministrativa vengono ricomprese anche le azioni risarcitorie; si applica l’arbitrato anche alle controversie relative ai “contratti”.

Ora le critiche. Per l’ANAC la riforma va nella direzione sbagliata perché si semplifica ma si sacrificano i controlli; punti dolenti sarebbero i controlli sui conflitti d’interesse, le verifiche sulle SOA, la soppressione dell’elenco delle società *in house*. Sul fronte dell’antimafia è considerato molto pericoloso il subappalto a cascata per i rischi di infiltrazioni criminali e di sfruttamento. Per l’OICE (associazione ingegneri e architetti) con l’appalto integrato si rischiano progetti inadeguati.

La revisione delle funzioni dell’ANAC rileva come chiave di volta del disegno per ricercare l’equilibrio tra efficienza e legittimità. Rispetto al testo del Codice vigente, trova attuazione per l’Autorità un complessivo rafforzamento dei poteri, anche sanzionatori, riequilibrato dall’eliminazione della previsione nel nuovo Codice delle linee-guida (non si sa se anche dalle future prassi dell’ANAC). In ogni caso, tutto sommato, sarà difficile rimpiangere le linee-guida per il tasso di complessità, per la tendenza espansiva, per il rischio di orientamenti dissonanti con quelli della giurisprudenza amministrativa, per il pericolo di dirigismo.

Ora per avviare un’analisi puntuale conviene partire dal confronto tra le due bozze di riforma: e quindi dallo schema datato 7 dicembre 2022 predisposto dal Consiglio di Stato (in base alla legge delega 78/2022) e dal testo che dovrebbe essere stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 16 dicembre.

A dire il vero, dal confronto emerge che vi è assoluta continuità: il testo sembra proprio lo stesso (salvo inevitabile verifica in dettaglio); sempre 229 articoli, con 35 allegati. E spulciando qua e là emergono, senza sorprese, le conferme dei principi del risultato e della fiducia, del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, della scomparsa delle linee guida ANAC, dei rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale, della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti e dell’e-procurement, e così via. Nel complesso un testo molto accurato, anche se ovviamente tutto da sperimentare. Non va dimenticato che la regolamentazione degli appalti insiste su meccanismi operativi, che costituiscono un sistema a vasi comunicanti, e non su una serie di atti giuridici autonomi. Il risultato di semplificazione andrà valutato pesando e misurando i processi, come ora disciplinati; la tenuta del sistema andrà verificata partendo dalla netta diminuzione delle gare pubbliche, non più dettata dall’emergenza ma frutto di una scelta consapevole.

In sintesi, i meriti – o i demeriti – del testo vanno, doverosamente, attribuiti soprattutto al lavoro del Consiglio di Stato, all'impostazione data dal precedente Governo, alla legge delega di giugno scorso.

Prossime tappe: verificare con attenzione il testo in Gazzetta Ufficiale (che potrebbe presentare qualche sorpresa); attendere i pareri delle commissioni parlamentari (che potrebbero limare qualche asprezza); riverificare il testo finale del decreto legislativo; prepararsi per i nuovi procedimenti con l'entrata in vigore del nuovo Codice dal primo aprile 2023 (l'ironia si spera sia involontaria...). Da luglio è prevista, infine, l'abrogazione del Codice vigente.

Insomma, il dado è tratto e gli operatori pubblici e privati devono iniziare a fare i conti con il nuovo Codice, con l'impressione che, comunque, la transizione dal vecchio è stata resa, questa volta, più agevole e fluida dalle leggi di semplificazione intervenute negli ultimi tre anni.

Luigi Donato

Presidente del Consiglio di Sorveglianza

SIDIEF spa