



Istituto Grandi Infrastrutture

**DELEGA AL GOVERNO IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI
A.S. 2330**

**AUDIZIONE
SENATO DELLA REPUBBLICA
COMMISSIONE 8^a (LAVORI PUBBLICI, COMUNICAZIONI)**

09 novembre 2021

1. L'esperienza del recepimento delle Direttive-appalti svolta in questi ultimi cinquant'anni (1971-2021) ci consegna un quadro che va attentamente valutato.

2. Le Direttive degli Anni Settanta in materia - rispettivamente - di lavori e forniture nei settori ordinari, così come le Direttive degli Anni Novanta, che hanno condotto all'aggiornamento di questi primi due testi, e all'approvazione della Direttiva servizi, nonché - soprattutto - della Direttiva settori speciali, hanno fatto registrare un recepimento che si è dimostrato privo di contraccolpi: il che, costituisce un risultato eccezionale, se si considera che, fino ad allora, il nostro ordinamento in materia di contratti pubblici era basato, innanzi tutto, sulla legge di Contabilità di Stato e, poi, sulle leggi specifiche che erano tuttavia rivolte prevalentemente ai lavori e, in parte molto limitata, alle forniture, mentre erano del tutto assenti con riferimento ai servizi e ai settori speciali.

3. A riprova dell'inversione di tendenza generata dalle Direttive, basti considerare che, in quel dato momento, la licitazione privata (oggi, procedura ristretta) era il sistema-principe per l'affidamento degli appalti, ma era priva di pubblicità preventiva.

4. Il sistema di qualificazione delle imprese era stato disciplinato negli Anni Sessanta con l'Albo Nazionale Costruttori, ma la sua istituzione creò solo una situazione di comodo per imprese e stazioni appaltanti, rappresentata dalla presentazione - in fase di gara - di un certificato che, tuttavia, non riproduceva la reale situazione dei concorrenti.

5. In questo scenario, subentrò il sistema di qualificazione di ispirazione comunitaria, il quale ebbe il pregio di impegnare direttamente le stazioni appaltanti nella sua gestione, pur mostrando problemi applicativi.

6. Istituti come le associazioni temporanee di imprese ed i consorzi ordinari erano sconosciuti, ma, ciò nonostante, la loro applicazione a partire dal 1977 non dette luogo, in ogni caso, a particolari problemi.

7. La scelta dell'appaltatore attuata con sistemi meccanici di medie, che sollevavano le Amministrazioni dall'onere di accertare l'anomalia delle offerte, venne meno senza, tuttavia, creare cataclismi, ferme restando quelle problematiche congenite alla determinazione del prezzo giusto, che sono sempre esistite, e sempre esisteranno, in tutti gli ordinamenti giuridici, perché la stessa scienza economica non è in grado di fornire criteri univoci a tal riguardo.

8. La ragione per la quale l'impatto delle Direttive sul sistema degli affidamenti pubblici non fu paralizzante, considerate le novità introdotte, è ravvisabile sostanzialmente nel fatto che, al tempo, il legislatore nazionale si attenne fedelmente ai testi comunitari.

9. Ma, tale atteggiamento mutò profondamente in occasione del recepimento delle Direttive del 2004 e, ancor di più, rispetto a quello delle Direttive del 2014.

10. Il motivo di questo cambio radicale va rinvenuto nella legge 109 del 1994 (cosiddetta Legge Merloni sui lavori pubblici), che ha ispirato tutte le normative successive.

11. Questa legge era nata sotto la spinta di Tangentopoli, allo scopo di dimostrare, attraverso una operazione di *self-cleaning* normativo, che eravamo stati capaci di trovare la moralità perduta.

12. Per mezzo di essa, si fece spazio, anche nell'opinione pubblica, una mentalità intrisa di sospetto indiscriminato.

13. Da questa mentalità, accompagnata nel tempo da una crescente dose di incompetenza nella legiferazione in materia di procedure (affidata a chi non ha mai gestito una gara), hanno avuto origine due Codici, i quali non potevano non essere diffidenti verso lo spirito di liberalità che permea invece le Direttive comunitarie.

14. Per inciso, sarebbe interessante, un giorno, condurre un'indagine per accertare il grado di corruzione causato proprio da questa confusione normativa.

15. L'IGI guarda perciò, con grande favore, all'obiettivo che apre il primo dei principi e criteri direttivi dello schema di legge-delega, quello cioè della *"stretta aderenza alle direttive europee"*.

16. Ma, questo dettame deve riguardare in via esclusiva la disciplina della fase di scelta dell'impresa; mentre, per la restante parte della normativa sui contratti pubblici, vale a dire per quegli aspetti che non hanno sede nella legislazione comunitaria, occorre valutare se non sia opportuno affidare il compito della regolamentazione a fonti di rango secondario.

17. In questo senso, l'IGI ritiene pertanto auspicabile un ritorno al binomio Codice-Regolamento, nel rispetto della nostra tradizione legislativa e di quanto previsto dall'art. 216, comma 27-*octies*, del d.lgs. n. 50/2016, che ha tentato di ripristinare questa impostazione storica, senza tuttavia essere - ancora oggi - riuscito nell'intento.

18. Peraltro, da tale ultimo punto di vista, si può fare affidamento su una valida bozza di testo predisposta dalla Commissione Greco, ispirata - non a caso - ai precedenti schemi regolamentari.

19. Nell'ottica prospettata, dunque, principi e criteri di delega, come quelli concernenti aspetti come, ad es., la programmazione, la progettazione o la qualificazione delle imprese, ma anche delle stesse stazioni appaltanti, quasi non hanno ragion d'essere all'interno di un disegno di legge-delega, in quanto attengono a profili non aventi una propria collocazione nel contesto delle Direttive.

20. Mentre, per quanto riguarda la disciplina degli affidamenti sotto soglia Ue, l'obiettivo non è tanto quello di estendere le Direttive comunitarie anche a tali fasce minori di importo, ma quello di creare un sistema organico, che oggi manca, in quanto la normativa non è contenuta nel solo art. 36 del Codice, ma disseminata in altre venticinque disposizioni del d.lgs. n. 50/2016, al netto di quelle previste in deroga nei d.l. n. 76/2020 e n. 77/2021.

21. Quanto invece alle concessioni, cui il DDL dedica le lettere r) e s), bisogna considerare che, proprio con riferimento a questo settore di attività,

il legislatore europeo ha inteso evitare ogni interferenza del concedente nelle scelte del concessionario.

22. Il risultato è stato quello di confezionare una Direttiva, come la 23, che presenta un quadro giuridico chiaro, semplice ed equilibrato, e che, nonostante tutto, non è stato recepito dal legislatore italiano al pari degli altri Stati membri UE, i quali hanno spesso optato per un recepimento-fotocopia.

23. Nel nostro ordinamento, si è privilegiato l'aspetto punitivo verso le concessioni di vecchia data, oppure verso la considerazione del PPP come se fosse un contratto, al pari dell'istituto concessorio.

24. Ma, l'effetto prodotto dal discostamento della disciplina nostrana rispetto alla Direttiva Ue è stato solo quello di provocare un allontanamento degli investitori internazionali.

25. Una riflessione a parte deve essere poi rivolta all'ultimo criterio di delega dedicato all'aspetto specifico della risoluzione delle controversie, rispetto al quale l'attenzione è inevitabilmente attirata dal collegio consultivo tecnico, che è stato introdotto dal legislatore dell'epoca della pandemia, e che, nonostante sia nato per fronteggiare il clima emergenziale, sta incontrando non poche difficoltà di attuazione.

26. Senza alcun dubbio, si tratta di un istituto che presenta notevoli potenzialità, ma, essendo trascorso oramai oltre un anno dalla sua entrata in vigore, sarebbe opportuno innanzi tutto effettuare un primo bilancio del suo funzionamento, e raccogliere dunque i dati necessari per comprendere se si tratti, o no, di un valido strumento di risoluzione delle controversie.