

Brevi riflessioni sul nuovo codice dei contratti pubblici

Data di pubblicazione nella rivista: 8 giugno 2016

CARLO MERANI, Brevi riflessioni generali sul nuovo codice dei contratti pubblici (con l'auspicio di un decreto correttivo)*.

CARLO MERANI (*)

Brevi riflessioni generali sul nuovo codice dei contratti pubblici (con l'auspicio di un decreto correttivo)

La lettura del nuovo codice dei contratti pubblici conduce alla conclusione che lo stesso rappresenti la certificazione della crisi di un sistema. Ci si riferisce a quello che dovrebbe essere un circolo virtuoso tra legislatore – stazioni appaltanti – imprese – autorità di regolazione/controllo per dare sviluppo, nella legalità, a un settore nevralgico dell'economia del paese: ecco, si ha invece l'idea che il nuovo codice ne decreti la crisi.

Le prove di ciò paiono molteplici.

La prima, il linguaggio o ciò che, in termini più generali, può definirsi il “discorso normativo” del codice. Cass R. Sunstein [\[1\]](#), consulente giuridico del governo Obama (non un consulente della deregulation reaganiana), ha teorizzato la semplicità come condizione essenziale dello sviluppo della funzione pubblica, semplicità anche nel linguaggio giuridico. Qui siamo agli antipodi. Il testo è molto complicato e di difficile comprensione e consultazione, con poco ordine sistematico e disomogeneità nella disciplina dei vari istituti.

Il meccanismo delle norme dovrebbe essere il seguente: in presenza di “A” (comportamento lecito) si ha “B” (conseguenza positiva), in presenza di “non A” (comportamento non lecito) si ha “C” (conseguenza negativa). Il codice è strutturato in modo tale che, innanzitutto, non vi è “A”, ma “A1”, “A2” e così via; non c'è, pertanto, come conseguenza positiva “B” ma “B1”, “B2” e così via, e come conseguenza negativa “C1”, “C2” eccetera. Ad “A1” consegue normalmente “B1” ma in certi casi può conseguire anche “B2”; così anche per “A2”, che segue “B2” ma ha come eccezione anche “B1”. Se poi “A1” e “A2”, per combinazione, coincidono si rischia di avere “C1”, con un capovolgimento delle conseguenze da positiva a negativa. La struttura è poi complicata da locuzioni che rendono difficile un'opera interpretativa che rassicuri l'operatore: penso a espressioni come “*in quanto compatibili*” o “*fermo restando gli obblighi*” o “*salva l'applicazione*”, ripetutamente utilizzate all'interno del codice. Esemplificativo in tal senso il tema dei partenariati pubblico-privati: la lettura dell'art. 179 e dei successivi articoli rende veramente difficile l'individuazione in concreto delle norme applicabili.

Si dirà che la realtà è complessa e che, dunque, anche il “discorso normativo” del codice non può che essere complesso. Ma per il legislatore e per il suo interprete la sfida è proprio quella di rendere semplice ciò che è complesso. Il fatto che i fenomeni economici e sociali siano sempre più complicati e problematici non giustifica una sorta di nichilismo giuridico, secondo cui la legge può ospitare qualsiasi contenuto e, soprattutto, con qualsiasi forma e linguaggio.

E' noto come la logica giuridica si fondi sui principi di identità, non contraddizione e del terzo escluso per giungere a enunciati il più possibile coerenti tra loro: non vi sono conclusioni false se si parte da premesse vere e viceversa. Anche tali principi paiono spesso dimenticati dal codice, con conseguenti incertezze per gli interpreti. Si pensi, solo a titolo di esempio, agli appalti esclusi dall'applicazione del codice di cui al Titolo II della Parte I. L'art. 4 impone che negli appalti esclusi l'affidamento avvenga comunque nel rispetto di alcuni principi tra cui quelli di “efficacia”,

“imparzialità”, “parità di trattamento” e “pubblicità”.

Le successive norme, però, prevedono in gran parte fattispecie relative ad affidamenti diretti tra appaltante/appaltatore (come quelli *in house* o quelli basati su un diritto esclusivo), per le quali non si comprende se e come possa farsi applicazione dei citati principi. Per altre fattispecie poi (come quella, per esempio, dei servizi legali), l'applicazione di detti principi porta, per gli affidamenti sotto soglia, all'adozione di procedure ancora più severe di quelle previste per gli appalti inclusi nel codice.

Vi è, pertanto, una contraddizione tra norme contenute nello stesso Titolo e vi è anche la difficoltà (se non l'impossibilità) di distinguere ciò che è vero da ciò che è falso: è vero che alcune tipologie di appalti sono escluse dall'applicazione del codice, ma nello stesso tempo è anche un po' falso perché, adottando certi principi, si seguono le stesse regole del codice (e anche in modo più severo).

Il secondo aspetto che va messo in luce è quello che possiamo definire “logica del divieto”, che assume quasi i connotati di un'attitudine. Il codice contiene senza dubbio novità e slanci di apertura al mercato e al confronto tra operatori economici e stazioni appaltanti (penso alla consultazioni preliminari di mercato). Contiene, però, anche numerosi divieti: è vietato per gli enti pubblici fare appalti se non sono specificatamente qualificati a ciò (ed è vietato ottenere la qualificazione se non si hanno certi requisiti), è vietato fare ricorsi al TAR al termine di una gara per contestare l'ammissione o meno di un concorrente alla gara stessa, è vietato nominare commissioni di gara con componenti che non sono nell'elenco presso l'ANAC, è vietato ricorrere all'avvalimento per certe categorie di lavorazioni, è vietato quasi integralmente il subappalto. Questi non sono divieti, per così dire, “propri” del settore degli appalti, come possono essere quelli legati al possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione alle gare (laddove è insito nel sistema che a una impresa che non può contrarre con la pubblica amministrazione per condanna penale o per mancanza di capacità tecniche è vietato partecipare a una gara). Sono, invece, divieti “impropri”, cioè non necessari al sistema e imposti *ab externo* dal legislatore.

Le ragioni di tali imposizioni sono note: creare efficienze ed economicità, nonché evitare fenomeni delittuosi e infiltrazioni mafiose. E' altrettanto noto, però, che non tutti gli appalti sono gestiti in modo inefficiente e che non sempre sono commessi reati (anzi, seppur grave, si tratta di un fenomeno abbastanza limitato). Nonostante ciò il legislatore ha scelto di introdurre dei divieti generalizzati, coinvolgendo così anche le stazioni appaltanti efficienti e gli operatori economici onesti. La scelta non è stata quella di individuare, per esempio, meccanismi premianti o controlli mirati, bensì di vietare e basta. Il famoso aforisma di Mao Tse-Tung è qui capovolto: si colpiscono tutti per educare pochi. E' il segnale di una sconfitta.

E' significativo notare come in altri settori dell'ordinamento il divieto venga utilizzato in modo esattamente opposto a quello del codice dei contratti. Si prenda il tema dell'immigrazione: il *leitmotiv* è, giustamente, quello per cui se un immigrato compie reati non significa che tutti gli immigrati rappresentino un pericolo sociale; non si giustificano, di conseguenza, divieti o sanzioni per tutti gli immigrati ma solo per alcuni. Applicare tale principio, ad esempio, al tema del subappalto dovrebbe portare alla seguente proposizione: il fatto che un appaltatore utilizzi il subappalto per riciclare denaro o per far lavorare imprese legate alla mafia non significa che lo fanno tutti gli appaltatori e non significa altresì che il subappalto sia di per sé negativo e, dunque, da vietare. Come per l'immigrato reo di aver commesso reati, anche per il subappalto utilizzato per finalità criminose deve intervenire la repressione, non l'aprioristico divieto. Nel codice la scelta è però proprio quella dell'aprioristico divieto.

La terza prova della crisi del sistema è quella relativa al regime di controlli introdotto dal codice. Non solo controlli, in realtà, ma anche sanzioni. Le imprese sono sottoposte a vari controlli da parte dell'ANAC, tra cui quello che interessa in questa sede: il “*rating di impresa*” previsto dall'art. 83, comma 10. Per avere un buon *rating* contano “*i precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto*”. Se una impresa promuove un ricorso al TAR perché esclusa da una gara o una causa civile per il riconoscimento dei maggiori oneri sopportati per un errore progettuale, può vedersi compromettere il *rating* di impresa anche se ha agito in giudizio per tutelare i propri diritti. Basta dimostrare, si dirà, la sussistenza dei giusti presupposti per avviare la causa e il *rating* non sarà compromesso. Anche tale possibile giustificazione è prova di un sistema penalizzante per l'impresa, che si trova così costretta a convincere non solo il giudice ma anche l'ANAC della bontà della sua scelta.

La scelta del legislatore comporta, consapevolmente o meno non è dato saperlo, un meccanismo premiante: se l'impresa non fa causa certamente non compromette, almeno sotto questo aspetto, il suo *rating*. A ben vedere, però, è meccanismo non legato a un comportamento virtuoso dell'impresa, bensì alla rinuncia di un suo diritto (quello di ottenere tutela, persino costituzionalmente garantito). Premiare - o penalizzare - perché si è rinunciato - o si è esercitato - un diritto non appare proprio coerente con i principi di un serio "Stato di diritto". Se poi il premio o la penalità è utile ai fini dell'ottenimento di una patente (*rating*) che consente all'impresa di essere qualificata per il mercato degli appalti, l'obiettivo di disincentivare il contenzioso può considerarsi in parte raggiunto. Il prezzo nel perseguire tale obiettivo, però, rischia di essere troppo alto in termini di frustrazione dei diritti; frustrazione, tra l'altro, che è lo Stato - e non la libertà dei singoli - a consentire^[2].

All'ANAC compete anche il controllo sulle stazioni appaltanti. Tra le tante forme previste dal codice preme richiamare quella dell'art. 211 sui pareri precontenziosi. Il comma 2 prevede che l'ANAC, se rileva una illegittimità nella procedura di gara, possa inviare una raccomandazione alla stazione appaltante ad agire in autotutela; il mancato adeguamento alla raccomandazione è punito con una sanzione sino a 25.000,00 euro a carico del dirigente responsabile e compromette altresì la reputazione della stazione appaltante. Con tale norma si sono conferiti all'ANAC più efficacia e poteri di quelli che ha il giudice amministrativo (per il quale vi sono due gradi di giudizio e quello di ottemperanza, non la semplice raccomandazione, con successiva sanzione). Pensiamo a quante questioni sono state rimesse in questi anni all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato per dirimere contrasti interpretativi tra i giudici in materia di appalti pubblici. Oggi tutto è rimesso all'ANAC o, per l'esattezza, a uno o più funzionari dell'Autorità, la cui opinione è così vincolante da comportare, in caso di inottemperanza, una sanzione amministrativa in capo al dirigente responsabile della stazione appaltante.

Il legislatore dimostra così di avere poca fiducia nella stazione appaltante e, nel contempo, di averne in modo smisurato nell'ANAC. Se ciò che è stato valutato legittimo dalla stazione appaltante viene considerato illegittimo dall'ANAC, prevale l'ANAC così a tal punto che il mancato rispetto della sua opinione è sanzionato. E il riferimento, nel disegno complessivo del legislatore del codice, non è alla piccola stazione appaltante (che è destinata a scomparire), ma è alle stazioni appaltanti qualificate, ovvero preparate e "allenate" nel settore degli appalti. L'ANAC prevale, dunque, anche sui soggetti qualificati.

E' evidente come tale impostazione, oltre a creare una pericolosa concentrazione di funzioni e poteri in un unico soggetto, non favorisca quel circolo virtuoso di cui si è detto all'inizio, ma - al contrario - comprometta il rapporto tra legislatore e autorità di regolazione e controllo, da un lato, e stazioni appaltanti e operatori economici, dall'altro. Questi ultimi, sottoposti a numerosi divieti e controlli, rischiano di sentirsi non protagonisti ma "sudditi" nell'ambito del sistema, operando più con timore e preoccupazione che con responsabilità e impegno. La paura di non rispettare regole scritte con linguaggio e tecnica poco comprensibili e, di conseguenza, per come potrebbero essere interpretate dall'ANAC (e, in secondo piano, dai giudici amministrativi e contabili), minaccia così di prevalere e frustrare l'interesse pubblico che è pur sempre fondamento e finalità del contratto di appalto.

Se si è consapevoli che il codice certifica realmente una crisi, quella che appare una sconfitta può essere invece l'occasione per un nuovo inizio, introducendo correttivi che aiutino a ricucire quella fiducia di cui gli attori del settore hanno disperatamente bisogno.

(*) *Avvocato*

[1] Cass R. Sunstein, Semplice – L'arte del governo nel terzo millennio, Feltrinelli, 2014.

[2] Lo stesso discorso può essere fatto con riferimento agli altri precedenti comportamentali cui si riferisce l'art. 83, comma 10, ovvero i tempi e i costi di esecuzione (che non dipendono certo sempre da ragioni imputabili all'appaltatore).