

## Il Nuovo Codice degli Appalti

**Autore:** Salierno Fabio

**In:** Diritto amministrativo

La normativa sugli appalti pubblici continua a tormentare l'Europa.

Il 1 febbraio 2006 sono entrate in vigore le nuove Direttive comunitarie n. 17 e n. 18 del 2004.

Ma e' stato tutt'altro che un fulmine a ciel sereno: della questione, infatti, se ne parla almeno dall'anno 2000 da quando, cioe', la Commissione Europea presento' la propria proposta riguardante una nuova direttiva europea in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Ci sarebbe stato dunque tutto il tempo per studiare e ponderare adeguatamente un testo di coordinamento tra le norme comunitarie e quelle nazionali.

In Italia il precipitato delle nuove Direttive e' costituito dal Nuovo Codice degli Appalti. Frettolosamente approntato dal Governo, il Codice sara' presumibilmente approvato in via definitiva nei prossimi giorni dal Consiglio dei Ministri, a Camere ormai sciolte.

Nonostante le comode tempistiche, per il recepimento delle Direttive si e' aspettato l'ultimo istante: con la conseguenza che la materia e' stata gestita in modo emergenziale.

Eppure l'argomento avrebbe meritato ben altro approfondimento: il settore degli investimenti pubblici, e', infatti, un settore strategico tanto per il bilancio dello Stato che per quello delle imprese. Basti pensare che il valore degli appalti pubblici in Italia e' di circa 205 miliardi di Euro, pari al 2,41 % del Prodotto Interno Lordo dell'UE, mentre in Unione Europea e' pari a 1.000 Miliardi di Euro, ossia al 14% circa del bilancio dell'UE.

Numeri pesanti che impongono una regolamentazione chiara a garanzia della concorrenza e dell'interesse pubblico. Dalla corretta utilizzazione delle risorse destinate alla spesa pubblica per appalti e forniture dipende, infatti, l'assetto complessivo del Paese e, in definitiva, lo sviluppo delle imprese in un corretto quadro concorrenziale. A tale riguardo, si pensi che, in occasione dell'approvazione della Merloni bis, il Parlamento dedico' oltre 50 sedute per l'approfondimento delle relative problematiche. Ma in questa circostanza, non c'e' stato il tempo per operare l'indispensabile dialogo col mondo produttivo e sociale.

Nel parere di maggioranza, approvato dalla Commissione 8^ che ha licenziato il testo seppur con osservazioni, si legge, infatti, che "a causa dell'oggettiva difficolta' in cui si e' svolta l'istruttoria, in Commissione, non e' stato possibile ne' acquisire -attraverso i consueti strumenti parlamentari- i

necessari elementi conoscitivi in relazione allo schema di decreto legislativo, ne' approfondire tutti i temi come sarebbe stato richiesto dalla complessita' e dall'importanza del provvedimento". Un'occasione perduta.

Orbene. Con l'art. 25 della legge 18 aprile 2005 n. 62 (legge comunitaria del 2004), il Parlamento aveva delegato il Governo a recepire nell'ordinamento italiano le Direttive comunitarie 17 e 18, senza tuttavia autorizzarlo alla rivisitazione delle norme che in Italia disciplinano l'affidamento dei lavori (corpus normativo meglio noto come "legge Merloni").

Tuttavia il Codice, ben al di la' della delega conferita dal Parlamento al Governo, riscrive e stravolge importanti caposaldi della normativa nazionale. E con cio' espone se stesso alla possibile censura di incostituzionalita' per eccesso di delega. Censura che non potrebbe che sopravvenire in corso d'applicazione dell'Istituto, con le conseguenze immaginabili in termini di certezza del diritto e degli operatori chiamati a darvi esecuzione che si vedrebbero improvvisamente orfani di regolamentazione e gettati allo sbando.

E pensare che l'allora Ministro per le Politiche Comunitarie, Rocco Buttiglione, nel corso dell'esame della richiamata legge comunitaria 2004, escluse categoricamente che dal recepimento delle Direttive comunitarie conseguisse la modifica integrale della normativa sui lavori pubblici.

Oltre alla possibile censura per eccesso di delega, dalla lettura del Codice emergono altri aspetti critici. Ci si trova di fronte ad un testo lacunoso e scritto in un italiano spesso incerto.

Con buona pace delle stazioni appaltanti e delle imprese che tra qualche tempo si troveranno a dover operare con un testo oscuro ed in un clima di tangibile incertezza. Se pensiamo poi al regime della responsabilita' personale dei dirigenti della Pubblica Amministrazione, i quali quindi avranno timori di subire conseguenze anche personali in caso di non conforme applicazione delle norme, avremo esatta contezza delle conseguenze cui ci troveremo di fronte: la paralisi totale di uno dei piu' importanti settori dell'investimento pubblico e, quindi, volano dello sviluppo. A pagare il conto finale, saranno soprattutto da un lato, gli utenti - cittadini i quali si vedranno privati di servizi e/o forniture necessarie e, dall'altro, le imprese, le quali dovranno in definitiva pagare questo ulteriore conto alla gia' grande inefficienza della pubblica amministrazione italiana.

E vediamole, dunque, le principali novita' e conseguenze che deriveranno dall'adozione della nuovo codice degli appalti:

a) la normativa sui lavori pubblici e' stata riscritta in molte sue parti: e' stato ampliato il ricorso alla trattativa privata, rispetto alla tradizionale chiusura della Merloni, la quale ha sempre considerato con "sospetto" questa modalita' di aggiudicazione in quanto di per se' non garantisce certo l'oggettivita' della scelta del miglior concorrente; e' stato ampliato e reso "normale" il ricorso al meccanismo dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa, abbandonando il tradizionale ricorso al massimo ribasso, eccetera;

b) l'istituto dell'avvalimento di derivazione comunitaria, e' stato inserito nel nostro ordinamento senza il necessario coordinamento con altre, diverse e potenzialmente confliggenti normative: si pensi alla disciplina in materia di subappalto, nel nostro ordinamento restrittivamente disciplinato dall'articolo 18 della legge 55 del 1990 che lo limita a precisi presupposti e, comunque, ad ambiti percentuali inderogabili; inoltre non chiari risulterebbero i rapporti col sistema di qualificazione delle imprese (SOA): in altre parole, attraverso l'istituto dell'avvalimento, si rischia di aggirare sia il divieto di subappalto al di fuori di specifiche ipotesi date dalla norma, sia il sistema di qualificazione delle imprese, il cui fine e' proprio quello di garantire l'idoneita' delle varie Ditte ad effettuare correttamente i lavori ad essi affidati dalle stazioni appaltanti pubbliche (e, quindi, in ultima analisi, il perseguimento dell'interesse pubblico); niente affatto chiari risultano inoltre i rapporti tra la societa' ausiliaria e quella "avvalente" in termini di reciproci rapporti ed adempimenti in materia di sicurezza sul lavoro (art. 7 D. Lgs. 626/94);

c) non chiaro e' il meccanismo di funzionamento del c.d. "dialogo competitivo"; si e' sostanzialmente rinunciato ad applicare quei criteri necessari per l'applicazione pratica del provvedimento nel nostro ordinamento;

d)  
resta fuori dal provvedimento la disciplina dei cosiddetti affidamenti "in house", ossia a quegli affidamenti che vengono operati direttamente dall'Ente pubblico in favore del soggetto giuridico il cui capitale sociale e' da essi partecipato; l'introduzione di vincoli precisi a tale riguardo era stata richiesta da gran parte del mondo produttivo per evitare che soggetti affidatari senza gara di contratti d'appalto, partecipino a gare al di fuori dell'ente di appartenenza e, quindi, in concorrenza con altri soggetti privati i quali si trovino quindi in posizione di fatto sfavorita rispetto ai primi; tale rilievo era stato avanzato anche dal Consiglio di Stato nel suo parere del 6 febbraio 2006;

e) il nuovo testo introduce, inoltre, un ricorso generalizzato all'appalto integrato, ossia all'appalto caratterizzato dalla commistione delle attività di progettazione ed attività di esecuzione dei lavori che, invece, la legge Merloni aveva voluto tenere distinte.

Inoltre, restano non chiariti i rapporti tra Stato e Regioni attesa la circostanza che molte delle materie disciplinate rientrano in quelle riservate dall'art. 117 comma secondo alla legislazione concorrente delle Regioni. Anche questo aspetto rischia di minare la tenuta complessiva del provvedimento. A tale proposito, nel parere reso dai commissari di maggioranza, si legge che si considera "essenziale" che il Governo adotti ogni possibile iniziativa per "recuperare il dialogo con i rappresentanti delle autonomie territoriali". Insomma: anche sotto questo profilo il provvedimento nasce monco ed in odore di incostituzionalità.

Il Codice è costruito sul modello dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di rilevanza comunitaria. Ma è tutt'altro che agevole riuscire a decifrare quale sia esattamente la normativa destinata alla disciplina degli appalti sotto soglia. In tal senso, chi ha voglia e tempo, potrà cimentarsi con l'esegesi dell'articolo 121 del Codice che, per la disciplina degli appalti c.d. "sotto soglia" rinvia ad altre norme del Codice "in quanto non derogate dalle norme del presente titolo".

L'unica speranza è che l'entrata in vigore di questo provvedimento sia rinviata il più possibile nello spazio e nel tempo, onde consentire i necessari interventi correttivi e modificativi.

Un settore strategico per lo Stato, per i cittadini (spesso destinatari finali -anche indirettamente- dei beni e dei servizi oggetto di Gara) e per le imprese destinato tra pochi giorni a precipitare nell'incertezza interpretativa e sotto la spada di Damocle del fulmine di incostituzionalità.

Fabio Salierno, email [Fabio.Salierno@elsag.it](mailto:Fabio.Salierno@elsag.it)

<https://www.diritto.it/il-nuovo-codice-degli-appalti/>