

LA SEMPLIFICAZIONE NEI NUOVI APPALTI PUBBLICI TRA DIVIETO DI GOLD PLATING E COPY OUT*

di Pierluigi Mantini

Sommario: 1. Recepimento delle direttive e semplificazione alla luce del dilemma di Sunstein. — 2. Più discrezionalità o più regole? — 3. La specialità del regime nazionale degli appalti tra ANAC ed Europa. — 4. Il principio del divieto di *gold plating* e gli effetti. — 5. Codice unico, regolamento e soft law nella legge delega. — 6. Dal divieto di *gold plating* al modello italiano copy out. — 7. Stazioni appaltanti con certificazione di qualità. — 8. Conclusioni in corso d'opera.

1. Recepimento delle direttive e semplificazione alla luce del dilemma di Sunstein.

Sono entrati nel vivo i lavori della Commissione di studio sul recepimento delle direttive europee relative ai contratti pubblici, istituita presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

I problemi sono molti e complessi, il dibattito ferve nelle sedi dottrinarie e specialistiche, mentre la legge delega, nel nuovo e più convincente testo, è ancora all'esame del Parlamento.

Ora che il lavoro tecnico procede sembra giunto il momento di iniziare a porsi alcuni interrogativi più generali, in grado di inquadrare meglio il contenuto dei cambiamenti poiché, è chiaro, il recepimento non potrà risolversi in una operazione di mero *matching* tra direttive e Codice dei contratti vigente ma dovrà costituire l'occasione per una riforma innovativa, di grande contenuto economico sociale.

Il primo tema generale su cui riflettere è quello che possiamo definire come il “dilemma della regolazione”, assai radicato nell'attuale momento storico (1).

Non vi è dubbio che il primo obiettivo da perseguire, nell'attività di recepimento delle direttive sia quello della semplificazione amministrativa tanto più necessaria in una materia che, già alcuni decenni fa, venne definita da Massimo Severo Giannini come “enigmistica giuridica”, incomprensibile anche ai più esperti.

Tuttavia ci sono due modi per realizzare la semplificazione normativa e amministrativa.

* Relazione al 61° Convegno di Studi Amministrativi “La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione”, Varenna 17, 18 e 19 settembre 2015.

** Professore di diritto amministrativo e di diritto urbanistico nel Politecnico di Milano, componente del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa e della Commissione di Studio presso il Governo per il recepimento delle direttive europee in materia di appalti.

(1) Cfr. BASSANINI F., Prefazione, in MATTARELLA B.G. e NATALINI A. (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Passigli, 2013, pp. 9 s.; LUPO N., PERNICIARO G., *Verso una better regulation nell'attuazione delle direttive?*, in *Gior. di dir. amm.*, 2013, 8-9, pp. 828 ss..

Il primo modo è costituito da un'ampia liberalizzazione delle forme e delle modalità di azione delle pubbliche amministrazioni (stazioni appaltanti) che però restano vincolate al rispetto di principi generali cogenti (principio di efficienza e di efficacia, principio di imparzialità, principio di concorrenza, principio di trasparenza ecc.).

Questo approccio, appena sommariamente descritto, presuppone un forte grado di competenza tecnica e di *accountability* delle stazioni appaltanti che sono, per usare un'espressione classica nel diritto amministrativo, più libere nei modi ma vincolate nei fini, godendo di una più ampia discrezionalità e di maggiori obblighi di risultato.

Il secondo modo possibile è invece quello della più rigida normazione, attraverso procedure e moduli standardizzati, la riduzione del numero delle norme, lo sviluppo di modelli informatizzati a livello nazionale, con ciò riducendo la discrezionalità amministrativa e l'autonomia degli enti locali.

Per meglio illustrare, in via generale, la diversità di questi due differenti approcci alla semplificazione ci permettiamo riportare per esteso il punto di vista di Cass. R. Sunstein, docente alla *Harvard Law School* e Capo dell'*Office Information and Regulatory Affairs* (OIRA) nel Governo Obama, ampiamente illustrato nel recente bel libro dal titolo, emblematico: "Semplice" (2).

Secondo la concezione della riduzione delle funzioni pubbliche, « noi abbiamo bisogno di meno regole e maggiore discrezionalità. Questa è la tesi fondamentale: il Governo perde troppo tempo a dire ai cittadini che cosa devono fare esattamente e come esattamente devono farlo. Emanava regolamenti altamente prescrittivi e minuziosissimi per scuole, insegnanti, ospedali e datori di lavoro, invece di delineare il fine generale e di lasciare che i cittadini usino creatività e spirito di iniziativa per raggiungerlo. In sintesi: meno regole e più senso comune.

In molti contesti, questo suggerimento è perfettamente giustificato e andrebbe ascoltato. L'amministrazione Obama l'ha preso molto sul serio, evitando di introdurre regole poco flessibili e sfruttando la collaborazione tra i settori pubblico e privato in ambiti quali la lotta all'obesità infantile e alle distrazioni durante la guida e la difesa dei consumatori. Con un ordine esecutivo di importanza storica, che attualmente funge da mini-costituzione dello stato regolatore, il presidente Obama ha invitato le agenzie federali a scegliere "standard operativi" flessibili al posto di "standard progettuali" rigidi. In ogni singolo caso, abbiamo cercato di individuare le modalità migliori per far sì che il settore privato scelga in che modo perseguire finalità sociali. Questo approccio riduce i costi. Promuove la libertà. E resta ancora molto da fare su questo piano.

Tuttavia, questa preferenza per il "senso comune" e la critica nei confronti di particolari regole non necessarie andrebbe presa con grande cautela. Come amministratore dell'OIRA, ho spesso sentito salire dal settore privato la seguente implorazione: "Per favore, diteci che cosa volete che facciamo!". In molte occasioni, le imprese hanno chiesto chiarimenti su cosa comportava, di preciso, il rispetto di una particolare regola.

(2) SUNSTEIN CASS. R., *Semplice. L'arte del Governo nel Terzo Millennio*, ed. it. Feltrinelli, 2014.

Non volevano ambiguità né vaghezza anche se ciò poteva passare per un invito a usare il senso comune. Una delle ragioni di questo atteggiamento era il desiderio di evitare rischi legali: le specificazioni potevano chiarire in che modo tenersi dal lato giusto del confine tra legale e illegale. Un'altra ragione sta forse nel fatto che, a volte, le imprese non capivano esattamente che cosa dovevano fare, sicché qualche chiarimento in più non poteva che tornare loro utile. Il senso comune non era sufficiente. Dal punto di vista del Governo, poi, concedere discrezionalità al settore privato può essere un problema, perché i privati potrebbero adottare approcci capaci di mettere a repentaglio altri importanti obiettivi, come ad esempio la sicurezza sul posto di lavoro e la qualità dell'aria. (...) Certo, le imprese hanno spesso richiesto e richiedono più — e non meno — discrezionalità. Le specificazioni inutili possono essere un grosso problema, in parte perché sono legate a indebite complicazioni che possono dar luogo a veri e propri incubi burocratici. Possiamo perciò individuare due errori. Uno è quello per cui in futuro il Governo dovrà imporre meno regole e concedere più discrezionalità. Per fare qualche passo avanti in questo campo, converrà evitare le astrazioni e le rivendicazioni identitarie. Quel che importa è il contesto. Se il Governo è in grado di ridurre i costi e di accrescere la flessibilità garantendo ai cittadini un margine di discrezionalità. Se il Governo trova il modo di ridurre i costi e di accrescere la semplicità producendo regole chiare, senza con ciò creare rigidità costose o inutili, dovrà optare per regole chiare. Il progetto di semplificazione richiederà un aumento della discrezionalità in alcuni ambiti e un aumento di regole chiare in altri ».

2. Più discrezionalità o più regole?.

Il brano ampiamente citato esprime bene, con le parole “semplici” dell'approccio tipico della cultura anglosassone, il dilemma in cui si trova anche l'Italia dinanzi al recepimento delle direttive europee su appalti e concessioni (e non solo).

Regole più chiare o meno regole? Più certezze o più discrezionalità, nel mondo degli appalti e delle concessioni?

La nostra personale risposta, come quella di Sunstein, è la seguente: una forte delegificazione ma “dipende dal contesto”.

Certo il dilemma non è nuovo e non ignoriamo che la tradizione giuridica è infarcita di aforismi secondo cui *“plurimae leges, corruptissima re publica”* (Tacito), *“summum ius, summa iniuria”* (Cicerone) e che, in sostanza, “le leggi inutili, indeboliscono quelle necessarie” (Montesquieu).

Ma il problema si (ri)propone in termini attuali, specifici, dinanzi all'opera di recepimento delle direttive europee in materia di appalti e concessioni.

Sono sufficienti pochi esempi (tra i molti possibili).

L'art. 30 della direttiva concessioni, se interpretato alla lettera, consente a ciascun ente aggiudicatore “la libertà di organizzare la procedura per la scelta del concessionario” sia pur

nel rispetto dei principi della direttiva. Sarebbe utile questo “liberalismo concessorio” o è preferibile un modello unico nazionale?

In relazione all'art. 31 direttiva e all'art. 144, comma 3, Codice dei contratti, in materia di “bandi e avvisi”, si potrebbe, almeno, eliminare la previsione di una consultazione preliminare con gli operatori economici per verificare la correttezza del bando perché, nonostante la migliore intenzione di costituire una sede preventiva e collaborativa, essa si presta ad effetti diversi, non solo collusivi ma anche potenzialmente distorsivi della *par condicio* concorsuale, anche perché la platea dei partecipanti potrebbe poi rivelarsi diversa da quella dei concorrenti. Per favorire “il dialogo sulle regole” è forse preferibile formalizzare la prassi dei quesiti, entro un termine dato, cui la stazione appaltante è tenuta a rispondere per chiarimenti ma che può costituire anche una fase di emersione di problemi da risolvere con il riesame del bando.

Le nuove disposizioni sul “rischio operativo” devono essere interpretate e recepite nel senso di prevedere regole che, in via esclusiva, dettagliano i casi in cui è possibile “un soccorso pubblico” all'imprenditore in difficoltà o un allungamento del termine della concessione o devono lasciare alla amministrazione concedente la libertà di valutazione “caso per caso”?

Sono solo esempi tra i molti ma per sciogliere questi (e altri) quesiti è utile allargare l'orizzonte a tre questioni contermini.

3. La specialità del regime nazionale degli appalti tra ANAC ed Europa.

La prima è la considerazione se l'Italia abbia, o debba avere, una sua “specialità” in materia di regole su appalti e concessioni, rispetto al resto dei paesi europei nel contesto del diritto europeo.

La questione non è astratta, poiché già la prima legge organica di riforma, la legge n. 109/1994 c.d. Merloni, delineava un regime differenziato rispetto al diritto europeo.

Le scelte in favore del criterio del massimo ribasso al posto dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la preferenza per il contratto a corpo anziché a misura, il regime delle esclusioni (era sufficiente l'avviso di garanzia al dirigente...) oltre che la sostanziale abrogazione delle varianti, della trattativa privata e dell'arbitrato, costituivano altrettanti punti nodali sui quali la legge n. 109/1994 ha delineato scelte radicali in certa misura diverse dai principi vigenti a livello comunitario.

È stato utile questo “regime differenziato” per l'Italia, è ancora utile un “diritto speciale degli appalti” per l'Italia rispetto al resto dell'Europa?

Eravamo all'epoca nello scenario c.d. Tangentopoli, oggi la situazione può dirsi di molto mutata?

Naturalmente si possono dare risposte diverse a questi quesiti e si può anche ritenere che il modello Merloni non abbia funzionato a dovere perché nel tempo depotenziato dalle successive versioni *bis*, *ter*, *quater*....

Tuttavia, l'evoluzione dei fatti e del diritto, ed è questa la seconda questione, dimostra che l'Italia vive la materia degli appalti e delle concessioni nella logica dell'“emergenza continua”, della preoccupazione del contrasto delle infiltrazioni mafiose e criminali prevalente su ogni altra, come ben dimostra l'incorporazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici da parte dell'Autorità anticorruzione.

Viviamo in un tempo di leggi speciali e prassi speciali, come l'enorme aumento delle interdittive dimostra e ciò con riferimento ad eventi come Expo 2015, che non possono certo ritenersi espressione della parte più arretrata del Paese.

Naturalmente l'attuale esperienza produce risultati fertili sia in tema di contrasto della criminalità che di modelli e *best practice* (si veda da ultimo il protocollo ANAC-OCSE).

Ma, nondimeno, non si può pensare che sia agevole coniugare l'attuale approccio panpenalistico al modello liberale indicato dalle direttive europee e neppure ci si può abituare all'idea che appalti e concessioni in un paese avanzato siano da ritenersi l'anticamera della corruzione.

Più ANAC o più Europa, dunque?

Ma, *rectius*, il quesito forse dovrebbe essere così riformulato: più ANAC, più Europa o più “Italia in Europa”, con ciò intendendo la preferenza per un modello nazionale in un'Europa che è pur sempre di Stati (e di interessi) nazionali? Si tratta di un quesito formidabile e di non agevole soluzione. Ma è questa ultima direzione che andrebbe seguita.

4. Il principio del divieto di gold plating e gli effetti.

Ed infatti la terza questione riguarda l'interpretazione che si vorrà dare del principio c.d. *gold plating* secondo cui, nel recepimento delle nuove direttive, è necessario procedere ad una revisione e ad una semplificazione della disciplina nazionale anche al fine di eliminare le regole più restrittive rispetto a quelle europee, non giustificate dalla tutela di interessi pubblici (3).

La Commissione europea definisce il recepimento *gold plating* come « quella tecnica...che va al di là di quanto richiesto dalla normativa europea pur mantenendosi entro la legalità. Gli Stati membri hanno ampia discrezionalità in sede di attuazione delle direttive comunitarie. Essi possono aumentare gli obblighi di comunicazione, aggiungere i requisiti procedurali, o

(3) Il riferimento va anzitutto alla raccomandazione della Commissione europea riguardante il recepimento in diritto nazionale delle direttive che incidono sul mercato interno (SEC/2004/0918 def.), laddove (al punto 6) si invitano gli Stati membri ad astenersi dall'aggiungere, negli atti nazionali d'attuazione, condizioni o prescrizioni non necessarie per recepire la direttiva di cui trattasi quando tali condizioni o prescrizioni sono atte ad ostacolare il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla direttiva. Nell'allegato alla raccomandazione inerente «prassi di Stati membri le quali facilitano il recepimento corretto e tempestivo in diritto nazionale delle direttive che incidono sul mercato interno», si evidenzia poi che «l'aggiunta, nell'atto normativo d'attuazione, di disposizioni supplementari non necessarie per recepire la direttiva è evitata. Ove siano previste siffatte disposizioni supplementari, il ministero o altro ente governativo responsabile spiega perché l'aggiunta è ritenuta necessaria e dimostra che essa non ritarderà il recepimento » (punto 3.4.).

applicare regimi sanzionatori più rigorosi. Se non è illegale, il *gold plating* è di solito presentata come una cattiva pratica, perché impone costi che avrebbero potuto essere evitati» (4).

Uno strumento alternativo per il recepimento è il c.d. *copy-out* che consiste, invece, nell'attenersi alla formulazione della disciplina come contenuta nella legislazione UE.

Si segnala, inoltre, un interessante Studio della Commissione Europea secondo cui «in linea di principio, la legislazione dell'Unione può avere un effetto positivo netto sugli oneri amministrativi perché sostituisce o armonizza norme esistenti in 27 contesti nazionali diversi, un numero addirittura maggiore se si considerano i livelli regionali e locali».

Tuttavia, «quando gli Stati membri decidono di mantenere o introdurre requisiti superiori a quelli minimi fissati dall'Unione, il dossier raccomanda di applicare l'approccio “*comply or explain*”, come per la *governance* societaria».

Dunque, nel recepire le normative UE nella legislazione nazionale, i governi o riproducono fedelmente la sostanza dell'atto o spiegano le ragioni per cui ritengono necessario il *gold plating*. In quest'ultima ipotesi, è importante coinvolgere le parti interessate e gli utenti finali sottoponendo la proposta ad una consultazione pubblica aperta e trasparente. Lo stesso va fatto ai livelli amministrativi regionali e locali (5).

Sono stati fatti altri significativi esempi di *gold plating*.

È stato osservato che, alla luce dei criteri appena illustrati, la disciplina degli appalti pubblici sotto soglia contenuta nel codice potrebbe essere considerata *gold plating*, in quanto va oltre il livello di regolazione definito in sede comunitaria (6).

In effetti, negli appalti sotto soglia gli Stati membri sono liberi di non dettare alcuna disciplina, di dettarne una diversa o ancora di dettarne una identica al sopra soglia con l'effetto di estendere la disciplina comunitaria. L'unico parametro vincolante, come noto, è costituito dalla libertà di stabilimento onde evitare discriminazioni indirette sul versante della nazionalità. È però chiaro che l'eventuale scelta dell'affidamento diretto per gli appalti sotto soglia, senza previa gara né pubblicità, recherebbe il rischio concreto della possibile discriminazione tra imprenditori mortificando le esigenze di trasparenza, di imparzialità e lo stesso principio di concorrenza nei mercati.

Riguardo le procedure di affidamento *in house*, le direttive ampliano le ipotesi escluse dal ricorso alle procedure ad evidenza pubblica, favorendo la vocazione di mercato ed il ruolo di privati nelle società pubbliche (fino al 20 per cento...) per cui, limitare l'ambito della deroga a

(4) Commissione europea, *Smart regulation in the European Union*, COM (2010) 543 final, Bruxelles, 8 ottobre 2010 «*which goes beyond what is required by that legislation, while staying within legality. Member States have large discretion when implementing EC directives. They may increase reporting obligations, add procedural requirements, or apply more rigorous penalty regimes. If not illegal, 'gold plating' is usually presented as a bad practice because it imposes costs that could have been avoided*».

(5) Commissione europea, Gruppo ad alto livello di parti interessate indipendenti sugli oneri amministrativi, “L'Europa può fare meglio”, in www.qualitanormazione.gov.it/uploads/download/file/134/bp_report_signature_it.pdf.

(6) BRUZZONE G., CASELLA M., MARZULLI R., *Portata del divieto di gold plating*, in PAJNO A., TORCHIA L. (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, cit., pp. 19 ss..

livello nazionale, confermando le disposizioni vigenti, costituirebbe certamente un'ipotesi di *gold plating*.

Un ulteriore esempio è dato dalla quota massima che può essere oggetto di subappalto non prevista dalle recenti direttive sicché mantenere l'attuale previsione del limite massimo del 30 per cento può essere considerato *gold plating* (ma anche la soluzione che si prospetta nella legge delega con l'obbligo di preventiva individuazione dei subappaltatori non sembra sfuggire al rilievo).

Per contro dettare in sede di recepimento disposizioni più dettagliate di quelle contenute nelle direttive, ad esempio per specificare le modalità da seguire per ottemperare agli obblighi, non costituisce *gold plating* esclusivamente a condizione che gli oneri, le procedure e i meccanismi operativi non introducano meccanismi più gravosi e complessi di quanto necessario per l'attuazione (7).

La direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri (8) disciplina le modalità con cui le amministrazioni statali assicurano il rispetto dei “livelli minimi di regolazione previsti dalle direttive europee”.

Segnatamente, fornisce alle amministrazioni gli strumenti operativi necessari ad individuare il livello minimo di regolazione, nonché a valutare le conseguenze derivanti da un eventuale superamento dello stesso.

Dette previsioni, infatti, hanno stabilito che gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, precisando che costituiscono livelli superiori a quelli minimi:

- 1) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, *standard*, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive;
- 2) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari;
- 3) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive.

La stessa normativa ha previsto che la relazione AIR deve dare conto del rispetto dei livelli minimi nonché delle circostanze eccezionali in relazione alle quali si rende necessario il loro superamento.

Più in dettaglio, si stabilisce che, nell'ambito dell'AIR, l'amministrazione proponente include tra le opzioni considerate quella relativa al livello minimo previsto dalla direttiva europea ed indica, per ciascuna opzione, i maggiori oneri, adempimenti, sanzioni, ecc..

(7) BRUZZONE G., CASELLA M., MARZULLI R., *Portata del divieto di gold plating*, op. loc. cit..

(8) Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, 16 gennaio 2013, pubblicata in G.U. 12 aprile 2013 n. 86.

Diversamente, qualora l'amministrazione ritenesse necessario superare il livello minimo, la valutazione dell'opzione preferita sarà integrata con i seguenti elementi:

- valutazione dei maggiori oneri derivanti dal superamento dei livelli minimi;
- valutazione dell'estensione dell'ambito soggettivo rispetto a quanto previsto dalla direttiva in via di recepimento;
- valutazione dei benefici derivanti dal superamento dei livelli minimi di regolazione e che ne giustificano la necessità.

La direttiva precisa anche che, nei casi in cui non è previsto lo svolgimento dell'AIR, le valutazioni richieste per la giustificazione del superamento del livello minimo di regolazione sono descritte nella relazione illustrativa. Si tratta di un problema concreto e delicato da affrontare nel processo di attuazione.

5. Codice unico, regolamento e soft law nella legge delega.

Tracciate le coordinate, occorre ora considerare quali sono le implicazioni per il recepimento delle tre direttive sui contratti pubblici.

La legge delega, nell'attuale fase di esame in Parlamento, non ha scelto la via inizialmente pur ipotizzata di realizzare un solo testo tra codice e regolamento ai fini della semplificazione normativa.

L'azione di recepimento è delineata dai seguenti principi ⁽⁹⁾:

- compilazione di un unico testo normativo con contenuti di disciplina adeguata anche per gli appalti di servizi e forniture denominato « codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione » recante le disposizioni legislative in materia di procedure di affidamento di gestione e di esecuzione degli appalti e dei contratti di concessione disciplinate dalle tre direttive, garantendo in ogni caso l'effettivo coordinamento e l'ordinata transizione tra la vigente e la nuova disciplina, al fine di evitare incertezze interpretative ed applicative, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea;

- ricognizione e riordino del quadro normativo vigente nelle materie degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, al fine di conseguire una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, amministrative e regolamentari vigenti e un maggiore livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti, tenendo in debita considerazione gli aspetti peculiari dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture e dei diversi settori merceologici e di attività e, per quanto riguarda il settore dei servizi sostitutivi di mensa, salvaguardando una specifica normativa generale di settore;

- previsione dell'espressa abrogazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, con

⁽⁹⁾ Così art. 1, lett. b), c), iii), iii), mmm), A.S. 1678 come approvato dal Senato.

effetto dalla data di entrata in vigore del codice di cui alla lettera *b*), anche attraverso l'individuazione di un apposito regime transitorio, assicurando l'ordinato passaggio tra la previgente e la nuova disciplina;

— previsione dell'emanazione di un nuovo regolamento, contestuale al nuovo codice, recante la disciplina esecutiva e attuativa del codice di cui alla lettera *b*), ispirato a principi di razionalizzazione e semplificazione amministrativa e adottato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (10);

— previsione dell'espresa abrogazione delle disposizioni del regolamento di esecuzione ed attuazione del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, con effetto dalla data di entrata in vigore del regolamento di cui alla lettera *l*), anche attraverso l'individuazione di un apposito regime transitorio, assicurando l'ordinato passaggio tra la previgente e la nuova disciplina.

Occorre anche considerare che il nuovo testo della legge delega prevede il potere dell'ANAC di emanare regole di *soft law* tramite « attribuzione all'ANAC di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa » (11). In sostanza, secondo i principi della legge delega, la manovra di recepimento delle direttive sarà basata su tre fonti normative: codice unico dei contratti, regolamento, *soft law* di derivazione ANAC.

È soddisfacente questa soluzione? Molto dipenderà dall'attuazione ma certo sarebbe possibile più coraggio sul delicato tema, tornando all'idea iniziale di unificare codice e regolamento.

Naturalmente non si tratta solo di un problema di quantità di norme ma anche di “qualità” di esse.

Non mancano gli Autori (12) che sostengono la scelta del modello di recepimento *copy out*, verso cui sono orientate la Gran Bretagna e, parzialmente, la Francia.

(10) In sede di audizione l'ANCE si è così espressa « potrebbe costituire una soluzione equilibrata quella di optare per un corpus normativo snello come sopra definito, in cui far confluire le norme fondamentali del codice e del Regolamento, una volta asciugato dalle ripetizioni, o anche di prevedere il mantenimento di un livello regolamentare molto asciutto, cui affiancare, in ogni caso, nell'ottica di dotare l'impianto normativo del giusto livello di flessibilità, un sistema di “*soft law*” costituito da linee guida, idonee a indirizzare l'esercizio della discrezionalità amministrativa negli spazi ad essa consentiti ». Come si nota, per l'ANCE codice e regolamento dovrebbero confluire in un unico testo.

(11) V. art. 1, comma 1 lett. *o*), A.S. 1678 come approvato dal Senato.

(12) « Con tale modalità, il legislatore nazionale recepisce le direttive europee, limitandosi a quanto strettamente necessario rispetto all'impianto normativo europeo. I vantaggi che ne deriverebbero anche nel nostro ordinamento nazionale sono evidenti. In

In particolare, la Gran Bretagna ha avviato tempestivamente il procedimento per il recepimento delle direttive, così da riuscire ad attuare almeno quella sugli appalti ben prima del previsto termine del 17 aprile 2016.

Come è stato puntualmente osservato, « il *Public Contracts Regulations 2015* (PCR 2015) è infatti entrato in vigore il 26 febbraio scorso, ed è già previsto entro il 2015 l'avvio dell'analogo *iter* di attuazione anche per le concessioni e le *utilities* » (13); il metodo del “*copy out*” è stato condiviso dalle principali associazioni di categoria ed il testo finale è un regolamento di 122 norme che ricalcano in sostanza la direttiva 2014/24/UE.

In Francia, la situazione è più simile a quella dell'Italia ma con la sostanziale diversità che la disciplina degli appalti pubblici è basata su norme regolamentari e perciò sempre modificabili dal Governo (14).

L'Italia dovrebbe tener conto di queste esperienze orientandosi con decisione sul modello del “*copy out*” per semplificare l'attuale sistema, dando conto con rigore delle eccezioni, secondo il metodo richiesto del “*comply or explain*” solo in materia di contrasto della corruzione e di maggiore garanzia della concorrenza, ove opportuno.

termini generali, la citata tecnica limita l'iperegolamentazione nazionale, crea condizioni maggiormente omogenee tra le discipline degli Stati membri, agevola l'attività d'impresa, riduce i problemi derivanti dal corretto recepimento delle direttive e tende in linea di principio a ridurre il fenomeno del contenzioso amministrativo, che molto spesso è originato proprio da problemi di coordinamento tra diritto nazionale ed europeo.

Ma non solo. Il “*copy out*” consente di semplificare enormemente il recepimento dell'atto sovranazionale (anche in termini di brevità per il processo legislativo) e, al contempo, di ridurre la discrezionalità delle pubbliche amministrazioni, ma produce un effetto ulteriore: evita il troppo frequente ricorso alla legislazione speciale nel settore dei contratti pubblici, spesso giustificato proprio dalla necessità di superare la eccessiva rigidità delle procedure ordinarie introdotte.

È dunque auspicabile — e non più rinviabile — un recepimento delle Direttive 2.0 orientato al “*copy out*” ». Così SCIAUDONE F., *Le nuove direttive appalti e concessioni*, in FRANCHINI C., SCIAUDONE F. (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, op. cit., p. 17.

(13) « Allo scopo di non ridurre, mediante l'imposizione di ulteriori vincoli normativi, la maggiore libertà di movimento e la discrezionalità offerta dal legislatore europeo, il metodo seguito nell'attuazione della direttiva è stato quello del cd. “*copy-out*”, ossia quello di ricopiare il testo stesso, ricalcandone forma e sostanza quanto più possibile, evitando così l'introduzione di ostacoli o limitazioni non necessari.

Tale approccio ha ricevuto l'assenso anche degli *stakeholders* nazionali chiamati ad esprimersi su una prima bozza di recepimento, i quali, salvo alcune osservazioni formali o richieste di chiarimenti, hanno sostanzialmente condiviso l'impostazione governativa.

Il risultato finale di questo procedimento è quindi un testo che ricalca, anche nella struttura, la direttiva 2014/24.

Si tratta di un regolamento composto da 122 disposizioni, a fronte dei 94 articoli della direttiva, che segue pedissequamente lo schema europeo, ad eccezione della Parte Terza, “*Remedies*”, non presente nel testo da recepire e dedicata agli aspetti processuali. Questa parte non è sostanzialmente nuova, in quanto riprende integralmente le previsioni della precedente regolamentazione, contenute nel PCR 2006 ». Così PALATINI P., *Il processo di recepimento delle direttive in Gran Bretagna*, in PAJNO A., TORCHIA L. (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, cit., p. 53.

(14) « Nelle intenzioni del Governo francese, il recepimento deve essere l'occasione per una riforma del diritto dei contratti pubblici (appalti, partenariati pubblico-privati e concessioni), seguendo due linee guida. Da un lato, la razionalizzazione delle fonti normative e dei principali istituti; dall'altro lato, gli obiettivi mutuati dalle stesse direttive, quali semplificazione, flessibilità, innovazione, competitività e utilizzazione strategica della domanda pubblica. Da rilevarsi, poi, l'impegno ad evitare, tanto nei confronti delle stazioni appaltanti che degli operatori economici, fenomeni di *gold plating*. Assenti, invece, temi quali la riduzione dei centri di spesa e la professionalizzazione della domanda pubblica, che, al contrario, rivestono per il panorama italiano una rilevanza strutturale. L'ordinamento degli appalti pubblici è attualmente caratterizzato soprattutto da norme regolamentari, che, in quanto tali, sono emendabili direttamente dal Governo. In particolare, il testo normativo più importante, ossia il codice degli appalti pubblici codice, è di natura esclusivamente regolamentare ». In tal senso URBANI M., *Francia: stato dell'arte del recepimento delle nuove direttive europee sui contratti pubblici*, in PAJNO A., TORCHIA L. (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, cit., p. 58.

6. Dal divieto di *gold plating* al modello italiano copy out.

Il divieto di *gold plating* dovrebbe scoraggiare, rispetto al passato, scelte nazionali di inasprimento e irrigidimento dei vincoli sovranazionali, riducendo lo stesso numero delle norme e riconoscendo discrezionalità alle autorità aggiudicatrici ma in modo da conciliarsi con altre discipline settoriali interne e in merito più severe, come quella anticorruzione (15).

Come interpretare dunque il principio del divieto di *gold plating* che è, in via generale, certo condivisibile?

Anche in questo caso torna utile il dilemma di *Sunstein* perché occorrerà, sulle specifiche questioni, adoperare ora la leva della riduzione normativa, ora quella della produzione di norme più chiare e standardizzate (in specie per le procedure telematiche), in entrambi i casi a fini di semplificazione e maggiore certezza.

L'idea di un diritto unico della concorrenza in Europa si è rivelata un motore utile all'unificazione ma anche un ingombrante feticcio alla luce delle dinamiche degli interessi nazionali e delle peculiarità degli ordinamenti statali. È tempo di fare un passo in avanti, culturale e politico, accettando (e non subendo) un modello flessibile di concorrenza in Europa, rispettoso delle diversità nazionali.

Un approccio realista e pragmatico dovrebbe indurre a non attendere inerti gli effetti dei populismi antieuropei e del referendum nel Regno Unito.

Chi interpreta il *gold plating* solo in direzione di un astratto modello liberale, con meno regole e più discrezionalità, si sottrae alla verifica (pur richiesta) della tutela degli interessi pubblici sottesi che, nello specifico contesto, si coniugano in larga misura con gli interessi privati che si esprimono nei mercati aperti.

Ma, a ben vedere, è proprio in ciò la sottile differenza: il diritto pubblico “della” concorrenza non coincide *in toto* con gli interessi dei privati “nella” concorrenza.

Dovremmo, nel recepimento delle direttive, correggere i “vizi nazionali” in materia di opere pubbliche, lasciare spazio agli interessi nazionali virtuosi, semplificando molto la regolazione: sono questi, in poche parole, i contorni della straordinaria sfida che attende l'Italia.

7. Stazioni appaltanti con certificazione di qualità.

Ma la semplificazione unanimemente richiesta per il nuovo Codice dei contratti deve riguardare non solo le norme e gli oneri burocratici ma anche il versante dei soggetti. Trentamila stazioni appaltanti (ma c'è chi calcola sessantamila!) sono troppe, si sente ormai ripetere!

(15) Si rinvia, sul punto, a DI CRISTINA F., *Prevenzione dell'illegalità e governance*, in *Gior. di dir. amm.*, 2014, 12, pp. 1160 ss..

Ed in effetti come si può ritenere di preferire un modello di appalti basato su una più ampia discrezionalità, se gli enti aggiudicatari sono nella maggior parte inadeguati all'esercizio delle complesse funzioni pubbliche richieste?

L'argomento è di decisivo rilievo.

Come noto, per gestire adeguatamente il processo di acquisti pubblici sono necessarie diverse professionalità che difficilmente si ritrovano nelle strutture attuali. In particolare sono necessarie, ma spesso carenti, diverse competenze: giuridica (normativa, regolamenti interni, bandi ecc.), tecnico/merceologica (specifiche tecniche dei beni/servizi acquistati, mercato di fornitura, ecc.); economico/gestionale (monitoraggio della spesa, analisi dei consumi, gestione informatica delle procedure, ecc.); pianificazione della spesa (“progetto di servizio”, omogeneizzazione dei fabbisogni, ecc.).

Inoltre, con riferimento alla fase progettuale, laddove il progetto viene redatto dagli stessi dipendenti delle stazioni appaltanti, che sono in genere costretti a dividere il tempo a disposizione tra l'istruttoria delle pratiche di routine e la progettazione di opere pubbliche, è stato osservato un frequente ricorso alle varianti in corso d'opera, con il conseguenziale notevole incremento dei costi derivanti anche dal frequentissimo contenzioso, legato inevitabilmente alle carenze dei progetti posti a base di gara.

Ne deriva, da un lato, l'inevitabile rallentamento dell'istruttoria, con seri riflessi negativi sull'economia del Paese e, dall'altro, una progettazione non sempre in linea con gli *standard* di qualità, che alimenta il contenzioso e i ritardi nella realizzazione dell'opera pubblica (16).

Il problema ovviamente si pone anche in Italia per il controllo e la verifica pubblica dei progetti redatti dai professionisti privati e la stessa norma che di recente ha attribuito l'esame di tutte le varianti all'ANAC appare un po' velleitaria, in carenza delle necessarie competenze.

Per avere un'idea delle dimensioni e della complessità organizzativa del *public procurement* occorre considerare che per gestire solo i 140 miliardi di euro di acquisti di beni intermedi, sono necessarie più di 20.000 risorse umane adeguatamente formate ed organizzate.

Le nuove direttive rendono ancora più importanti l'organizzazione e la professionalità delle stazioni appaltanti in quanto ne aumentano la discrezionalità e rendono necessarie nuove e più complesse valutazioni (impatto ambientale, sociale, ciclo di vita del prodotto, “rischio operativo”, offerta economicamente più vantaggiosa, ecc.).

Per gestire una macchina di queste dimensioni occorrono una organizzazione e una strategia adeguate, caratterizzate da un approccio sistemico e integrato.

La strategia di razionalizzazione della spesa deve basarsi su un insieme di azioni combinate e coordinate, che agiscano sui tre livelli del sistema degli acquisti pubblici italiani: centrale di

(16) Audizione della Rete Professioni Tecniche, nell'ambito dell'esame del ddl n. 1678/2014, Senato della Repubblica - VIII Commissione Lavori pubblici, 15 gennaio 2015.

acquisto nazionale, centrali di acquisto territoriali, direzione acquisti di enti/amministrazioni (17).

Ed infatti, nella recente direttiva, il legislatore europeo specifica che le centrali di committenza sono solo uno degli strumenti con cui le amministrazioni possono procedere ad aggiudicare congiuntamente gli appalti. Ne esistono, infatti, altri di carattere « occasionale », che utilizzano sistemi di acquisizione non istituzionalizzati (18). Gli appalti congiunti occasionali permettono alle amministrazioni coinvolte di perseguire gli stessi obiettivi di economia ed efficienza delle centrali di committenza ma, data la loro natura temporanea, possono rivelarsi meno rischiosi per la concorrenza. Ed è per questo che, al di là delle centrali di committenza, due o più amministrazioni aggiudicatrici « possono decidere di eseguire congiuntamente alcuni appalti specifici » (19).

Il legislatore europeo evidenzia l'importanza dell'aggregazione della domanda anche a livello transfrontaliero (20), disciplinando strumenti di collaborazione fra amministrazioni di Stati membri diversi.

Occorre però costatare che l'Italia acquista in modo centralizzato solo il 5 per cento del totale, ossia meno della metà della media europea.

È significativo anche il dato secondo cui solo il 2,3% delle gare vengono vinte da imprese estere, a dimostrazione della scarsa internazionalizzazione dei mercati italiani, e ciò anche per carenza di competenze.

Tuttavia qualche azione è stata di recente avviata per aggregare l'offerta e ridurre il numero degli enti aggiudicatori.

Come noto, l'art. 9, comma 1, del d.l. n. 66/2014 ha individuato i soggetti aggregatori (pari a 35), di cui fanno parte: la Consip, una centrale di committenza per ciascuna Regione, se costituita, ed altri soggetti che operano quali centrali di committenza.

La stessa norma ha inoltre previsto che i soggetti che svolgono attività di centrali di committenza (21), possono richiedere all'Autorità nazionale anticorruzione l'iscrizione all'elenco dei soggetti aggregatori.

(17) BOTTO A., *Il codice dei contratti pubblici visto dalla prospettiva europea. Criticità e proposte*, relazione al Convegno "Il diritto degli appalti pubblici all'alba delle nuove direttive comunitarie", Camera dei deputati, Sala del Mappamondo, 15 novembre 2013, secondo cui « basta pensare alle economie di scala che possono ottenersi accorpando i centri di spesa e alla specializzazione della committenza che si affina man mano che aumenta l'esperienza "sul campo". Inoltre, solo stazioni appaltanti di media o grande entità possono contemplare al loro interno le necessarie professionalità richieste per svolgere attività altamente qualificate.

Solo una lettura "ideologica" del testo costituzionale può poi imputare la frammentazione della committenza alla logica federalistica del sistema, poiché ciò che deve essere garantito agli enti territoriali è che siano autonomi nelle scelte politiche di sviluppo delle aree di rispettiva competenza, non che debbano acquistare autonomamente le matite e le stampanti per operare!

Infine (*last but non least*), i tempi di ristrettezza finanziaria per il bilancio pubblico che stiamo vivendo non consentono più di moltiplicare gli uffici addetti all'acquisizione di beni e servizi strumentali all'esercizio delle funzioni. Senza scomodare Occam e il suo rasoio, basti ricordare che le esigenze di contenimento della spesa pubblica non possono non rimodellare anche gli stessi centri di spesa, accorpandoli e riqualificandoli in termini di qualità ed efficienza ».

(18) Considerando (71) dir. 2014/24/UE.

(19) Ex art. 38, par. 1, dir. 2014/24/UE.

(20) Ex art. 39 dir. 2014/24/UE.

Sono stati di recente definiti i requisiti per l'iscrizione, i valori di spesa ritenuti significativi per le acquisizioni di beni e di servizi ed è stato istituito un Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori, coordinato dal Ministero dell'economia e delle finanze.

Entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base delle analisi del tavolo dei soggetti aggregatori e in ragione delle risorse a disposizione, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano individuano le categorie di beni e servizi nonché le soglie al superamento delle quali si dovrà ricorrere a Consip o ad altri soggetti aggregatori per lo svolgimento delle relative procedure. È un positivo punto fermo nella materia.

Gli enti obbligati a ricorrere ai soggetti aggregatori sono le amministrazioni centrali e periferiche, le regioni e gli enti regionali, i consorzi, le associazioni, gli enti del servizio sanitario nazionale, i comuni non capoluogo di province.

È pure prevista l'iscrizione all'elenco dei soggetti aggregatori delle città metropolitane, delle province, delle associazioni, unioni e consorzi di enti locali.

Questi soggetti devono svolgere l'attività di centrale di committenza, con carattere di stabilità, mediante un'organizzazione dedicata allo svolgimento dell'attività di centrale di committenza, per il soddisfacimento di tutti i beni e servizi dei relativi enti locali.

La stessa “sopprimenda” provincia può, d'intesa con i comuni, esercitare le funzioni di predisposizione dei documenti di gara, di stazione appaltante, di monitoraggio dei contratti di servizio e di organizzazione di concorsi e procedure selettive come previsto dalla legge n. 56/2014.

È sufficiente questa pur intensa e lodevole azione?

A nostro avviso la risposta deve essere negativa.

I rimedi messi in campo sono ancora di *soft law*, basati per lo più su meccanismi volontari, utili ma non risolutivi al fine di realizzare un sistema pubblico in grado di gestire le notevoli complessità di appalti e concessioni sulla scorta del modello c.d. “franco-americano”, due ordinamenti assai diversi tra loro ma entrambi basati su forti uffici pubblici *skill intensive services*.

In Italia occorre, a nostro avviso, affrontare il problema, nella fase del recepimento delle direttive, promuovendo un serio sistema di accreditamento delle stazioni appaltanti, sulla base di risorse disponibili, strutture, professionalità, capacità di gestione dei processi. I tempi di riordino del nostro caotico federalismo sono troppo lunghi.

Alcune consolidate esperienze internazionali (22) spingono in questa direzione.

(21) Ex art. 33 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

(22) Secondo un noto studio prodotto da *PWC London Economics, Ecorys*, per la Commissione Europea nel marzo 2011, con il titolo *Public Procurement in Europe: Cost and effectiveness. A study on procurement regulation*, il processo di accreditamento dell'ente/amministrazione e del buyer pubblico si basa su un'attività di valutazione e miglioramento continuo, legato sia al possesso di requisiti predeterminati che alla valutazione dei risultati.

A livello internazionale esistono varie esperienze di accreditamento di enti/amministrazioni pubbliche e di *buyer* pubblici, basate su un processo di valutazione continua del possesso di requisiti professionali ed organizzativi.

Attraverso un meccanismo *standard* di autovalutazione prima e di valutazione da parte di un ente terzo, in seguito, è possibile sviluppare un sistema di certificazione di qualità “scalare” che abilita le stazioni appaltanti alle funzioni di *public procurement* in relazione ai requisiti (e ai punteggi certificati) effettivamente posseduti.

Chi non ha strutture, competenze, capacità sufficienti ricorrerà alle stazioni abilitate.

Chi è certificato, ad esempio, solo per forniture o servizi sotto soglia, dovrà rivolgersi ad un ente certificato per il sopra- soglia, e così via.

Non tutti potranno fare tutto, le funzioni complesse delle stazioni appaltanti dovranno finalmente essere “amministrativamente sostenibili”, tanto più se si vorranno recepire le maggiori responsabilità ad esse affidate dalle nuove direttive europee.

Naturalmente tutto sarà vano se, nel recepimento delle direttive, non si perverrà ad un forte progresso del mercato telematico delle gare.

Il nuovo testo della legge delega, sulla scorta delle audizioni e delle sollecitazioni provenienti dai mondi produttivi e tecnici, ora prevede, in modo più specifico, che la razionalizzazione delle procedure avvenga attraverso «criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti» e, a tal fine, stabilisce «l'introduzione di un apposito sistema, gestito dall'ANAC, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnico organizzativa sulla base di parametri obiettivi».

Con un emendamento finale approvato dal Senato (23) nella legge delega si è inoltre previsto «per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, un livello di aggregazione almeno regionale o di provincia autonoma e, per gli affidamenti di importo superiore a 100.000 euro e inferiore alle medesime soglie di rilevanza comunitaria, aggiudicati da comuni non capoluogo di provincia, livelli di aggregazione *sub* provinciali definendo a tal fine ambiti ottimali territorialmente omogenei e garantendo la tutela dei diritti delle minoranze linguistiche come prevista dalla Costituzione e dalle disposizioni vigenti».

Dunque, è maturata un'innovazione relevantissima nella direzione auspicata e forse davvero sarà possibile passare dalle trentamila (o sessantamila?) stazioni appaltanti a poche centinaia dotate di competenze certificate.

Il *National Institute of Governmental Purchasing*, fondato nel 1944, raggruppa 2600 agenzie di *Public Procurement* negli U.S.A. ed in Canada, in rappresentanza di 16000 *buyer* pubblici; supporta e promuove la professione dei buyer pubblici attraverso sistemi di certificazione della qualità.

Attraverso un ente indipendente, lo *Universal Public Procurement Certification Council* rilascia ai *buyer* pubblici certificazioni di qualità (ad es. il *Certified Professional Public Buyer*) che attestano il superamento di programmi formative e le competenze professionali dei partecipanti.

Il *Chartered Institute of Purchasing e Supply*, fondato nel 1932, rappresenta la più grande associazione internazionale di addetti specializzati nel *procurement* e nella *supply chain*; definisce gli *standard* della professione sia per i *buyer* che per le agenzie di *Procurement*.

Rilascia 5 certificazioni di qualità (ad es. *Advanced diploma in procurement and supply*) che sono riconosciute internazionalmente e che garantiscono l'elevato livello professionale di chi ne è in possesso. Anche in Italia dovremmo andare, con decisione, lungo questa direzione.

(23) L'emendamento è stato presentato dal gruppo parlamentare del Movimento 5 Stelle.

Se si avrà questo coraggio assisteremo ad una vera rivoluzione anche in termini di concentrazione di poteri.

Tuttavia è impossibile non osservare che la correzione apportata con l'emendamento da ultimo approvato al Senato ha determinato una pericolosa confusione dei sistemi di qualificazione delle stazioni appaltanti poiché al primo, basato sulla certificazione di qualità della struttura, se ne è aggiunto un secondo, basato sulla natura dimensionale dell'ente e sulla definizione, in sé vaga, della nozione « di ambiti ottimali territorialmente omogenei ».

La commistione di questi due modelli non è utile ed, anzi, rischia di frenare la riforma. Una cosa è infatti un sistema di stazioni appaltanti aperto e valutato per via meritocratica, sulla base di un sistema di qualità che riconosca la capacità di gestire processi complessi. Altra cosa è l'obbligo di trasferire a livello di regione o di capoluogo di provincia gli appalti di maggiore importo, anche a prescindere dalla concreta valutazione delle capacità e della sostenibilità amministrativa. In tal modo, inoltre, si determina un'oggettiva "espropriazione" delle competenze amministrative dei comuni minori ma non già per l'incapacità di esercitare le funzioni di stazione appaltante quanto, piuttosto, per la natura relativa delle loro dimensioni.

Questo esito della legge delega, all'indomani della sua approvazione da parte del Senato, ha già provocato proteste e doglianze da parte dei comuni minori. Non a caso è stato già proposto da parte dell'ANCI (24), di lasciare le cose come stanno negli appalti inferiori ai 40 mila euro.

Comunque, il nodo dovrà essere sciolto in sede di recepimento.

Il principio della delega indica « un apposito sistema gestito dall'ANAC » lasciando l'arduo compito al legislatore delegato e non nascondendo il rischio di un sovraccarico di competenze in capo alla stessa Autorità che sommerebbe su di sé non solo le funzioni di vigilanza, di controllo, di regolazione, ma anche quelle, propriamente amministrative, di gestione del sistema di accreditamento.

Il modello delle SOA ha dato luogo a notevoli perplessità e contenziosi: si riuscirà a fare meglio?

(24) Per il presidente dell'Anci Piero Fassino, non ci sono barriere pregiudiziali a una secca sforbiciata delle stazioni appaltanti (oltre 36 mila in Italia, secondo le stime più accreditate) che pure di proroga in proroga non è ancora arrivata al dunque. In questa enorme mole di centri di spesa i Comuni (oltre 8 mila, senza contare le aziende controllate) fanno la parte del leone. Non a caso nella delega per la riforma degli appalti in discussione alla Camera si torna sulla questione, con una soluzione di compromesso che lascerebbe spazio a circa 200-250 centrali di committenza.

« Le stazioni appaltanti - ha detto Fassino - possono anche essere meno. L'importante è selezionare bene gli ambiti. Se si prendono a riferimento città metropolitane e vecchie province si arriva anche a 120 enti abilitati a bandire le gare. Aggregare è giusto, ma bisogna fare attenzione alla dimensione degli appalti che si intende assegnare tramite centrale ».

Il riferimento è alle gare sotto i 40 mila euro che finirebbero per essere sottratte alla competenza dei piccoli comuni. « Far gestire alla Consip o un'altra centrale forniture o interventi di riparazione di questa dimensione significa spendere di più per la gara che per ottenere la prestazione ». Sul punto l'Anci ha presentato un emendamento al decreto enti locali in discussione al Senato.

Sulle centrali di committenza è intervenuto anche il presidente dell'ANAC Raffaele Cantone che ha ribadito che « la riduzione non deve venire fuori da un'operazione aritmetica. Bisogna selezionare le stazioni appaltanti in base alle competenze e alle capacità effettive di gestire le gare. Io sono stato tra i primi sostenitore delle stazioni appaltanti uniche anche quando lavoravo alla procura antimafia. Ma al Sud spesso queste centrali rappresentano il problema invece che la soluzione », vedi *Edilizia e Territorio Il Sole 24 Ore*, 15 luglio 2015.

Alcuni esempi virtuosi, in particolare quelli delle stazioni uniche appaltanti nei comuni di Bolzano e di Milano, inducono ad un cauto ma ragionevole ottimismo.

8. Conclusioni in corso d'opera.

Quando nel 1995 Massimo Severo Giannini mi chiese di far parte della Commissione di studio per il regolamento della legge 109/1994, nota come legge Merloni, ne fui onorato e partecipai con entusiasmo. Dopo venti anni, e molti fatti e svolgimenti in tema di appalti e concessioni, conservo quello stesso entusiasmo dinanzi alla prospettiva della riforma. Mi sono anche interrogato sulla ragione e la risposta mi è venuta da sola. Oggi, come allora, mantengo ferma l'idea che i grandi, profondi cambiamenti che incidono sull'economia, l'amministrazione, la politica, il costume siano ragionevolmente lenti, abbiano un passo storico. È certo preferibile, come ammoniva Ignazio di Loyola, "zoppicare sulla strada giusta, che correre lungo quella sbagliata". Siamo ora sulla giusta strada? A giudicare sulla base del pur ingannevole *esprit des temps* potremmo forse dire sì.

Oggi più nessuno, o quasi, sopporta le opere incompiute, le opere pubbliche che triplicano i costi, le varianti delle varianti, le gare truccate o non bandite, e i politici non possono direttamente gestire gli appalti. La Salerno- Reggio Calabria, ancora lì dopo cinquanta anni di lavori, è considerata un'emblema di ciò che non va, nel ricordo dell'Autostrada del Sole realizzata in soli otto anni agli inizi degli anni Sessanta.

Il recentissimo rapporto Svimez ha evidenziato come le molte opere pubbliche incompiute, o irragionevolmente contrastate o mai avviate, contribuiscano a mantenere il Sud al di sotto dell'indice di crescita della Grecia e ad ucciderne le speranze.

L'autorevolezza dell'istituto, fondato da Pietro Saraceno, ha indotto a riflessioni non di circostanza. Il Mezzogiorno ha avuto, negli anni recenti, una variazione negativa del Pil di circa il doppio del resto di Italia (-13,3), con una crescita dell'indice di disoccupazione al 20,5 (contro il 12,7 della media nazionale) ed un tasso di disoccupazione degli under 24 che raggiunge la gravissima soglia del 56 per cento.

Le previsioni per il 2015 indicano una crescita del PIL dell'1,3 per il Centro-Nord e una diminuzione dello 0,7 per il Mezzogiorno.

Gli investimenti in opere pubbliche, negli anni 1970-2012, è rimasto quasi costante, con variazioni, nel Centro Nord ed è crollato, nel Centro Sud, dai 12 miliardi di euro, alla fine degli anni Settanta, ai 2 miliardi del 2012.

Ma non per disattenzione dei governi o del legislatore ma per incapacità di spesa.

Ancora oggi vi sono circa dieci miliardi di vecchi fondi europei da rendicontare entro pochi mesi, pena la perdita. La decisione più importante assunta ora dal governo va nella giusta direzione di mobilitare circa cento miliardi per il Mezzogiorno, tra residui dei fondi europei e nazionali 2007-2013 e la programmazione 2014-2020, ponendo fuori dai vincoli del Patto di stabilità europeo, come solo di recente previsto, il cofinanziamento di 4 miliardi

l'anno. Si tratta di una scelta di grande rilievo anche perché accompagnata dalla dichiarata intenzione di adottare un meccanismo simile a quello del *bonus malus* ossia riconoscere più fondi alle amministrazioni che dimostrano di saperli spendere bene e poco o nulla a quelle che non sono in grado di utilizzare i fondi stanziati, incentivando le condotte virtuose. A ciò si aggiunge la ristrutturazione dell'Agenzia per la coesione, che dovrebbe avere una chiara guida politica, tra Ministero delle infrastrutture e Presidenza del Consiglio, e adeguate professionalità.

Tutti sono convinti che l'Italia sarebbe più competitiva con migliori infrastrutture, grandi porti commerciali nel Mediterraneo, più TAV ma anche più reti ordinarie e per il trasporto merci, con qualche attenzione in più per le infrastrutture energetiche necessarie.

Che l'Italia sarebbe più sicura con diffusi interventi per la prevenzione dal dissesto idrogeologico e dai danni sismici, valutati in circa 3 miliardi l'anno.

Che sarebbe più bella con la rigenerazione urbana e più concorsi di architettura.

E allora, perché non farlo?

Qui la risposta diventa più complessa e mi pare che in qualche misura emerga dalle pagine che precedono. Occorre un cambiamento vero.

Solo stazioni appaltanti con la certificazione di qualità, non importa se grandi o meno, capoluogo di provincia o no, importa che abbiano strutture, *skill* professionali, capacità di gestione efficiente di processi complessi e, quindi, anche di decisione responsabile. Una grande questione nazionale che non può essere affrontata solo a giorni alterni, magari depotenziando le pubbliche amministrazioni o appaltando in toto ai *general contractor* le funzioni pubbliche.

Mercati aperti alla concorrenza e anche mercati qualificati, tra imprese con *rating* reputazionali e di legalità, frenando la frammentazione delle piccole imprese improvvisate, le prassi dei massimi ribassi in *dumping*, l'assenza di garanzie sul risultato finale.

Gare vere, telematiche, trasparenti, basate sul criterio qualità-prezzo, con zero tolleranza per le offerte anomale, con commissari di gara imparziali.

Semplificazione normativa, secondo il criterio del *copy out* nel recepimento delle direttive europee, con qualche limitata eccezione per favorire il contrasto della corruzione e maggiore concorrenza.

Una seria semplificazione amministrativa, degli oneri burocratici, dei formalismi, favorendo il soccorso istruttorio senza trasformare però l'istituto dell'avvalimento nel market delle qualifiche o nel rifugio degli incapaci.

Una concezione del diritto europeo della concorrenza meno fondamentalista, liberale e non liberista: se le direttive europee ammettono nel regime degli affidamenti di servizi *in house* la presenza del privato fino al venti per cento, senza poteri di gestione, siamo sicuri che questo modello non corrisponda agli interessi nazionali? Piuttosto è il numero delle società pubbliche locali che occorre drasticamente ridurre.

Ed anche il partenariato pubblico privato, il dialogo competitivo, la finanza di progetto, le stesse opportunità che ora si aprono con la nuova direttiva sulle concessioni, dovrebbero essere in fine liberati dall'oppressione della burocrazia e delle regole e sottoposti all'unica e decisiva prova della trasparenza e del confronto concorrenziale.

Progetti veri, direttori dei lavori veri, controlli seri in corso di esecuzione, valorizzando le professionalità e i corpi tecnici.

Strumenti di risoluzione delle controversie anche alternativi al processo e nessun alibi per chi vuole scaricare sui giudici le proprie irresponsabilità.

Sarà possibile tutto questo? La sfida è alta, o tutto o niente.

Vi sono buoni strumenti “nel cantiere dei nuovi appalti”, voglio ritenere di sì.

L'Italia attraversa ora una fase di positivi cambiamenti e di speranza.

L'Europa non è più intesa come l'Ufficio Unico delle Direttive e dei Regolamenti.

Si è ben compreso che l'Europa è un'arena confederale di Stati, uniti da una moneta, da uno spirito e da istituzioni comuni, ma in essa sono logicamente presenti gli interessi nazionali, gli Stati non sono morti. C'è stato sicuramente un forte declino in “quell'alone divino che circonda non solo i re shakespeariani ma anche i simboli pubblici della coesione nazionale” ma la “fine dello Stato”, a ben vedere, non è stata certificata neppure da *Eric Hobsbawm*, a non voler confondere il titolo con il contenuto.

In questa direzione, occorre registrare i recentissimi progressi pur derivanti dal patto post referendum sottoscritto dalla Grecia con l'Europa, che rafforza la politica verso un bilancio europeo comune ai paesi della zona euro, in prospettiva in grado di fare investimenti propri ed emettere buoni del Tesoro europeo, sulla base di quella originale istituzione che è il MES (Meccanismo europeo di stabilità), immune dalle giurisdizioni, che merita l'approfondimento dei giuristi perché punto di equilibrio (precario) tra finanza e diritto.

In attesa dell'affermazione di un *global legal standard*, fondato su veri trattati, conviene procedere per passi. Dinanzi all'espansione della *lex mercatoria* e alla autoreferenzialità della finanza globale occorre insistere, anche attraverso il “costituzionalismo multilivello”, nell'affermazione del diritto globale.

L'Italia dunque dovrà promuovere la sua visione e fare la sua parte, con l'Europa e in Europa, finché essa non sarà come quella pensata a Ventotene.

E ciò vale anche per le delicate materie della concorrenza, degli appalti e delle concessioni, ove si fronteggiano, in un difficile equilibrio, il principio del mercato e quello di autodeterminazione amministrativa dei servizi.

Qui preme evidenziare, in corso d'opera, tre distinte questioni.

La prima riguarda, come ampiamente osservato nelle pagine che precedono, l'opportunità che si possano unificare il codice e il regolamento, tornando alla iniziale previsione del disegno di delega ed evitando il serio rischio di un nuovo eccesso di normazione.

La seconda concerne i punti di possibile conflitto con il divieto di *gold plating*, di cui pure si è detto. La rigida disciplina del sotto-soglia, dei subappaltatori, dell'*in house providing*, delle stesse concessioni e di talune forme di dialogo pubblico-privato, ed altre questioni ancora, appaiono, nella tradizione italiana, divergere dai nuovi principi europei.

Potremmo far valere le “buone ragioni nazionali”, ove motivate, anche in deroga al divieto di *gold plating*, secondo il metodo del *comply or explain*, ma su questi (soli) punti sarebbe opportuno il confronto con gli *stakeholders* ed una forte decisione politica.