

Perché il mercato degli appalti pubblici ha bisogno di un nuovo Codice

Conversazione con **Dario Capotorto**, avvocato amministrativista e docente di Diritto dei Contratti e dei servizi pubblici all'Università degli Studi di Cassino.

a cura di **Andrea Picardi**

C'è anche la disciplina degli appalti pubblici tra i temi prioritari su cui sarà chiamato a intervenire il nuovo Parlamento che si è insediato lo scorso 23 marzo. D'altronde il settore, dopo questi lunghissimi anni di crisi economica, non è ancora riuscito a voltare pagina e ad agganciare definitivamente la ripresa. Anche per via del nuovo Codice, sottolineano i rappresentanti delle imprese edili e gli esperti, secondo cui la normativa approvata nell'aprile del 2016 – anziché semplificare il quadro come era negli obiettivi – ha finito con il complicarlo ulteriormente e con il determinare una vera e propria paralisi. *“Il nuovo Codice degli appalti ha sicuramente peggiorato il sistema sotto il profilo della chiarezza: rispetto alla situazione precedente, a mio avviso è stato fatto un netto passo indietro”*, ha affermato in questa conversazione con il *Consulente Immobiliare* l'avvocato amministrativista e docente di Diritto dei Contratti e dei servizi pubblici presso l'Università degli Studi di Cassino **Dario Capotorto**, che ha subito evidenziato il deficit di chiarezza dell'attuale



Dario Capotorto
avvocato
amministrativista

disciplina: *“Il mercato degli appalti pubblici necessita di regole più chiare e certe, anche in considerazione del fatto che gli operatori che partecipano alle gare non sono solo nazionali ma possono provenire anche dagli altri Stati membri dell'Unione Europea. Provi a immaginare lei che tipo di difficoltà possono incontrare queste imprese con un sistema farraginoso come il nostro”*.

Scarsa chiarezza ma non solo: *“C'è poi un gravissimo ritardo nella regolazione attuativa, che rende il tutto ancora più incerto”*. Nel senso che, dopo il varo del nuovo codice, la pubblica amministrazione ha faticato notevolmente a riorganizzarsi con la conseguenza di creare ulteriore confusione anche tra le aziende del settore. *“Il vecchio regolamento di attuazione – che per larghe parti, peraltro, viene ancora applicato – fornisce specifiche regole di dettaglio su una lunga serie di istituti”*, ha ricordato Capotorto, che poi ha aggiunto: *“Ora, invece, il compito di prevedere le norme attuative è stato affidato ad atti di regolazione di varia natura. Peccato, però, che molti di questi provvedimenti da adottare sulla*

scorta del nuovo codice ancora non siano stati approvati". In questo senso, dunque, il problema sono stati i ritardi: "Sotto questo profilo, a due anni dall'entrata in vigore del codice, il bilancio è davvero negativo: se elenchiamo i vari istituti che prevedevano interventi di regolazione da parte di vari enti, fra cui l'Anac, notiamo che in tantissimi casi non sono stati emanati gli atti attuativi che il codice prevedeva". Tra cui, per esempio, il D.M. infrastrutture e trasporti in merito alla qualificazione delle stazioni appaltanti: "Era il fiore all'occhiello del nuovo codice perché avrebbe dovuto garantire una riduzione del numero delle stazioni appaltanti, ma soprattutto la loro maggiore professionalizzazione". Stesso identico discorso pure per il cosiddetto rating di impresa, "un sistema che avrebbe dovuto assegnare i punteggi alle aziende virtuose sulla base della loro capacità di garantire il rispetto dei tempi di esecuzione del contratto e la qualità delle prestazioni". Niente anche in questo caso.

Ma perché i ritardi sono così diffusi? Com'è possibile? "Intanto è da registrare come il problema sia trasversale e riguardi più livelli di intervento di regolazione. Peraltro, si tratta di un ritardo conclamato perché le tempistiche erano previste da puntuali norme del codice nelle quali erano definiti in modo molto preciso i tempi entro cui i vari attori con funzioni di regolazione avrebbero dovuto fornire le risposte richieste". Una delle ragioni – ha osservato a questo riguardo Capotorto – è da individuare "nella forte asimmetria del sistema. È sufficiente guardare a cosa accade nella fase esecutiva del contratto. In caso di ritardi le imprese vengono sottoposte a penali salatissime e palesemente inique mentre i decisori pubblici godono di un regime di totale esenzione di responsabilità". A differenza di quanto avviene in molti altri Paesi dell'Unione Europea: "Per esempio in

Romania il codice dei contratti pubblici – che sostanzialmente ha recepito le direttive europee – prevede sanzioni personali a carico di dirigenti pubblici che commettono delle violazioni. Non si capisce perché non si introducano sanzioni simili anche da noi a carico dei soggetti pubblici che non rispettano i tempi fissati per legge nell'espletamento delle funzioni che vengono loro demandate. Tanto più se si considera che tutto ciò produce danni ingenti nei confronti delle aziende, degli utenti dei servizi e, più in generale della collettività". Un ritardo generalizzato a cui tutti i soggetti pubblici coinvolti hanno in qualche modo contribuito: "Nessuno è escluso, questa è la verità. E' altamente simbolico, a tal proposito, quanto avvenuto con il provvedimento relativo alla qualificazione delle stazioni appaltanti per il quale, oltre all'Anac e alla Conferenza Unificata, era previsto anche il coinvolgimento dei Ministeri delle infrastrutture e dei trasporti, dell'economia e delle finanze e della semplificazione. Un procedimento complesso che coinvolgeva una pluralità di soggetti, in cui il ritardo che si è accumulato via via è stato pesantissimo".

In questo senso una riflessione specifica la meritano, ad avviso di Capotorto, le Linee guida dell'Autorità Anticorruzione, quello strumento di "soft law" che nelle intenzioni avrebbe dovuto semplificare e rendere più efficiente il sistema. E invece niente: "Non stanno assolutamente contribuendo ad agevolare la comprensione delle norme. Sono troppo variegate. Ci sono Linee guida di ogni genere e specie con nature giuridiche completamente differenziate: alcune sono vincolanti, altre non vincolanti, altre semi-vincolanti e altre ancora meramente orientative. L'interprete deve fare uno sforzo inaudito per riuscire a capirci qualcosa. Lo ripeto: il quadro è tutt'altro che di facile ricostruzione. Questo sistema delle Linee guida non ha dato alcun contributo in termini di

chiarezza. Rimpiangiamo il vecchio regolamento unico che almeno compendia nello stesso testo il complesso delle norme di attuazione del Codice”. Una lentezza e una scarsa efficacia che derivano anche dalle difficoltà manifestate da Anac, chiamata a giocare un ruolo fondamentale in numerosissime questioni – tra cui anche gli appalti pubblici – pur non disponendo dell’organizzazione necessaria in termini di personale e risorse. “L’Autorità Anticorruzione ha dato un’ottima prova di sé sotto il profilo della capacità di diffondere la cultura della lotta alla corruzione ma sull’attività regolatoria ha faticato”, ha osservato Capotorto, secondo cui in realtà in questi anni è andata affermandosi una diversa immagine dell’Authority: “Più che come un ente di regolazione che facilita la gestione delle procedure, l’Anac è stata vista come un controllore, un gendarme che sanziona e punisce. Dunque, sotto il profilo della capacità di incutere timore il bilancio è favorevole. Se questo era l’obiettivo. Ma se la valutiamo come autorità di regolazione, il bilancio della sua attività non può che essere considerato negativo: da questo punto di vista è stata troppo lenta e non ha saputo interpretare, almeno finora, il ruolo che le era stato assegnato”. Considerazione che Capotorto ha formulato pure sulla base di alcuni esempi concreti: le citate Linee guida di attuazione del Codice degli appalti pubblici, ma anche lo strumento del precontenzioso pensato per dare ossigeno ai tribunali amministrativi: “In teoria, anziché andare al TAR o al Consiglio di Stato, gli

operatori e le Amministrazioni possono chiedere all’Anac di formulare pareri rispetto a questioni che hanno dato luogo a un contrasto. Tuttavia, i tempi di gestione di questo precontenzioso sono stati così lunghi e disallineati rispetto alle esigenze del mercato da rendere questo strumento del tutto inutile e ben meno efficace della tradizionale giustizia amministrativa. Che, anzi, grazie al processo telematico sta facendo registrare risultati in netto miglioramento”. Tutti questi elementi, considerati nella loro complessità, stanno portando a una convinzione sempre più diffusa tra i professionisti del settore e i rappresentanti delle imprese: l’idea di riformulare dalle fondamenta la disciplina che regola gli appalti pubblici. “Sicuramente va alleggerita, occorre semplificare”, ha commentato Capotorto, che si è anche pronunciato sulla proposta avanzata da un nutrito numero di imprese di applicare direttamente le direttive europee in materia e di abrogare, quindi, semplicemente il Codice del 2016: “Onestamente penso che il ritorno alle direttive sarebbe già un passo in avanti rispetto all’attuale normativa. Ma non si tratterebbe, a mio avviso, della soluzione ideale”. A tal proposito Capotorto ha proposto – in linea con l’orientamento di altri giuristi – “di approvare un nuovo codice”. Nel senso che questo non potrebbe essere riformato? “Tutto è riformabile” – ha concluso il docente di Diritto dei Contratti e dei servizi pubblici – “ma l’attuale Codice andrebbe rivisto così in profondità da rendere probabilmente più semplice ripartire direttamente da zero”.