



italiadecide

Mariangela Di Giandomenico - Responsabile Osservatorio sul Codice dei contratti pubblici *italiadecide*; Avvocato, Head of Administrative and Public Law – Eversheds Sutherland

L'Osservatorio di *italiadecide*, in collaborazione con le Associazioni Aequa, Aperta Contrada, Respublica, è da molti anni impegnato nello studio dei contratti pubblici, mettendo a confronto amministrazioni, giurisdizioni, imprese ed esperti e guardando non solo l'aspetto normativo, ma soprattutto l'aspetto dell'attuazione.

Nell'ambito di questo confronto abbiamo elaborato negli anni, e messo a disposizione del Governo e del Parlamento, le nostre osservazioni e proposte non solo rivolte alla riforma del Codice, ma dirette ad incidere sui nodi fondamentali che oggi rischiano di essere il collo di bottiglia per l'esecuzione del PN di Ripresa e Resilienza e che, in generale, costituiscono gli ostacoli per le imprese che vogliono innovare e che vogliono investire in questo Paese.

E i nodi maggiori si registrano nelle norme che definiscono gli iter autorizzativi, se parliamo di opere e infrastrutture pubbliche, ma anche al di là degli aspetti normativi, riguardano più in generale i comportamenti dell'Amministrazione ispirati a logiche "difensive" e la costante "paura della firma", o tesi alla difesa e massimizzazione della tutela degli interessi che rappresentano senza calcolare le conseguenze che ne derivano, con un sovrapporsi di obiettivi tra di loro incompatibili e perdendo di vista l'interesse primario della disciplina di settore.

Sul piano del rapporto pubblico-privato, si registra un costante atteggiamento di "sfiducia".

In questo contesto i progetti previsti nel PNRR, soprattutto sul tema della digitalizzazione della pa, da una parte costituiscono degli strumenti che se correttamente attuati possono consentire un profondo cambiamento dell'operatività delle pubbliche amministrazioni, dall'altra, rappresentano un "terreno" su cui poter innestare dei processi di riforma che non sono più rinviabili.

E che i processi di riforma debbano puntare alla semplificazione è dato assodato ma che semplificare sia "complicato" lo dimostra il fatto che nonostante i molteplici interventi l'obiettivo non è stato raggiunto e anche il c.d. Decreto semplificazioni, seppure rechi alcune norme che possono ritenersi utili, nel settore degli appalti in linea generale non ha semplificato ma ha semplicemente introdotto misure acceleratorie e derogatorie,

aggiungendo un ulteriore “strato” normativo al di fuori del Codice degli appalti. E le questioni che si pongono non sono risolvibili solo con interventi normativi, al contrario, i molteplici interventi normativi hanno generato una situazione di maggiore incertezza e stallo, soprattutto in un sistema che conosce la paura della discrezionalità amministrativa. E’ dunque necessario concentrarsi sui problemi di funzionamento e fare chiarezza sui processi attuativi e interpretativi e valutare gli effetti che le stesse norme hanno generato, adoperandosi per una corretta applicazione e intervenendo con modifiche normative laddove vi è effettiva scarsa chiarezza o assenza di atti di attuazione.

E occorre soprattutto intervenire con strumenti diretti a sviluppare un corretto rapporto pubblico-privato, superando la diffidenza e il sospetto per instaurare una relazione trasparente che cooperi per il risultato, sempre nel rispetto della legalità, ma con un approccio non formalistico, ma con la consapevolezza che l’innovazione richiede la conoscenza e la conoscenza è patrimonio delle imprese. E lo scarso ricorso agli strumenti del codice volti a favorire i PPP ha comportato il mancato trasferimento di innovazione dalle imprese al settore pubblico. Non si può negare che nel confronto con gli altri Paesi europei, l’Italia appare ultima per numero di progetti e valore degli investimenti. I dati del DIPE DIPARTIMENTO PER LA PROGRAMMAZIONE E IL COORDINAMENTO DELLA POLITICA ECONOMICA presso la PCM del 2019 dicono questo, anche se si registra un incremento negli ultimi anni

Dunque, se non c’è tempo per una riforma dell’intero Codice, è irrealistico però pensare di sospenderlo, perché si genera maggiore incertezza e confusione, né è corretto pensare ad un sistema ampiamente derogatorio, perché si creerebbe un ulteriore stratificazione normativa e un doppio binario tra ciò che è dentro e ciò che è fuori dal Piano, che non trova giustificazione. Mentre ciò che si può prevedere sono delle procedure semplificate per alcuni settori maggiormente interessati dal PNRR che facciano da “modello”, se efficaci, e guida per una nuova regolazione. Tenendo sempre conto che ciò che farà la differenza è il cambio di registro nella relazione tra pubblico e privato dove occorre improntare i rapporti sulla base della fiducia piuttosto che sul sospetto, e rafforzare anche gli strumenti di collaborazione tra amministrazioni, questa è la vera chiave di volta. Diventa quindi centrale incentivare il dialogo pubblico privato e favorire l’utilizzo degli strumenti normativi già esistenti, che consentono l’apprendimento della p.a., e che siano flessibili e favorire i partenariati pubblico-privati. E ciò in linea con il *favor* espresso dalla normativa europea per i partenariati pubblico-privati.

L’innovazione su cui punta il Piano passa infatti attraverso una progettualità che non può che venire da un dialogo con le imprese che si attui attraverso le forme del PPP e del p.f., come anche segnala la V Commissione della Camera, nel proprio parere finale sul PNRR. Si tratta di forme già previste dal Codice ma che nel nostro Paese stentano a decollare perché necessitano da una parte di alcuni interventi diretti a chiarire le relative procedure, dall’altra perché sono fonte di rischi e responsabilità per entrambe le parti,

pubblica e privata, ed inoltre richiedono specifiche competenze di cui l'amministrazione è carente.

Per lo sviluppo di forme di partenariato e di dialogo, occorre quindi rafforzare le p.a. sul piano delle competenze, nonché prevedere schemi operativi che diano certezza alle imprese e alle amministrazioni nell'utilizzo di questi strumenti.

E il Piano potrebbe essere anche l'occasione per portare a compimento quella che è una riforma necessaria, ossia la qualificazione delle stazioni appaltanti, l'aggregazione delle stesse e l'accrescimento delle competenze tecniche all'interno dell'Amministrazione. Su questi aspetti più volte l'Osservatorio ha richiamato l'attenzione ed oggi più che mai tornano di attualità

Ad oggi non abbiamo ancora il DPCM di attuazione dell'art. 38 mentre è essenziale, in quanto l'affidamento di contratti di questo tipo richiede una committenza in grado di interagire con gli operatori privati, senza rimanerne "vittima" e che sia in grado di ottenere offerte in linea con l'evoluzione tecnologica.

In questo quadro l'ANAC potrebbe assumere un rinnovato ruolo tecnico e di supporto alle stazioni appaltanti e di vigilanza collaborativa, con netta separazione delle funzioni dell'anticorruzione o potrebbero costituirsi task force ad hoc sul territorio.

E tutto ciò non solo per attuare i progetti del PNRR, ma anche per tutti gli affidamenti pubblici e per consentire all'imprese che vogliono investire ed innovare di avere la possibilità di farlo

Su questi temi l'osservatorio ha elaborato delle proposte che sono a disposizione del Governo e delle istituzioni.

In sintesi, occorre superare quella accezione della normativa sugli appalti pubblici in Italia, come espressione, anche nella relativa prassi applicativa, della generale "sfiducia" e di una radicata cultura del "sospetto" verso gli attori del sistema.

Il Codice si fa carico di interventi volti a tutelare interessi diversi e ultronei che non giovano al migliore affidamento delle commesse pubbliche, ma anzi lo rallentano, con la conseguenza che la regolazione dei contratti pubblici, nonché l'applicazione concreta delle regole medesime, risulta inefficiente, in contrasto anche con le flessibilità date dalle norme europee, e non in grado di garantire quello che è l'obiettivo primario delle norme che regolano il settore, ossia selezionare la migliore offerta per l'amministrazione.

Uno degli esempi di questa "sfiducia" e dell'inefficienza del sistema è l'art. 80 del Codice, che disciplina i motivi di esclusione dalle gare che, anche nelle ultime versioni, pur partendo da una volontà di definizione puntuale delle stesse, anche nel caso di cause di esclusioni non automatiche, ingloba al suo interno ogni possibile situazione suscettibile di essere valutata come motivo di esclusione dalle gare. Così da una parte si rende

indeterminata e incerta la causa di esclusione medesima e si ribalta sul privato l'onere di verificarne la rilevanza.

E questa norma è anche simbolo anche dell'inefficienza della pa perché fa ricadere sui privati un onere dichiarativo che potrebbe essere risolto se ci fossero banche dati interoperabili che raccolgano i dati dell'impresa e ne consentano il riuso. Il concetto di interoperabilità delle banche dati risale al codice dell'amministrazione digitale del 2005 ed ancora oggi si discute della sua attuazione. Senza poi considerare che la soluzione potrebbe anche essere quella di concentrare le verifiche su un numero limitato di operatori a campione o sul solo aggiudicatario, come previsto se pur temporaneamente per i settori ordinari dal decreto semplificazioni. Va in ogni caso data certezza su ciò che rileva per partecipare ad una gara, in coerenza con il principio di proporzionalità e massima partecipazione, in maggiore aderenza alla direttiva europea, consentendo all'operatore economico di dimostrare in ogni caso la propria affidabilità e di sanare eventuali posizioni irregolari in tempi certi e in via definitiva, anche in corso di gara.

E' essenziale anche intervenire sulla fase di esecuzione dell'appalto, sia introducendo specifici strumenti volti a trovare meccanismi risolutivi delle controversie non giudiziali, date le tempistiche dei giudizi ordinari o interventi intesi a ridurre dette tempistiche.

In conclusione, la sfida dell'attuazione del PNRR ci pone di fronte la necessità di ripensare i meccanismi regolatori e le relazioni pubblico privato così da dare quella svolta che da tempo il Paese attende stabilendo un virtuoso rapporto tra responsabilità/fiducia, intervenendo sui comportamenti, sull'attuazione, e ponendo come regola lo sviluppo delle attività e non il blocco delle stesse.