

La riforma del codice dei contratti pubblici non è più differibile

I nodi della crescita

Andrea Zoppini e Giorgio Vercillo

In Italia il mercato degli appalti pubblici è caratterizzato da forti elementi distorsivi che si sono riflessi a danno delle imprese nazionali. La legislazione presenta rilevanti addizioni rispetto ai livelli minimi di regolazione del diritto europeo, che rendono il nostro ordinamento da un lato meno concorrenziale, dall'altro più facilmente aggredibile dagli operatori esterni. Ecco cinque ragioni per le quali la riforma del codice dei contratti pubblici deve essere portata a termine nei prossimi mesi.

1 L'attuale mercato degli appalti pubblici produce una distorsione fondamentale. Il meccanismo del ribasso nelle offerte ha generato una accentuata tendenza delle imprese italiane ad aggiudicarsi appalti sotto i costi marginali, il che significa nella sostanza diseconomie. Poiché nessuno ha interesse a completare un lavoro in perdita, tutto ciò ha indotto gli esecutori a non completare i lavori e a proporre varianti strumentali. Gli esecutori recuperavano il margine generando contenziosi anomali che venivano risolti da collegi arbitrali. Tutto ciò ha causato forti incentivi al ritardo dei lavori, al mancato rispetto dei termini e a un contenzioso abnorme, sconosciuto in altri Paesi europei. Come noto il legislatore ha progressivamente negletto la strada arbitrale e questo ha determinato ulteriori ritardi nei pagamenti che si sono riflessi nell'equilibrio economico finanziario dei committenti pubblici.

2 Nello scrivere regole che presiedono allo svolgimento delle gare pubbliche la disciplina va costruita sulla fisiologia e non sulla patologia dei comportamenti. Prendiamo a prestito una metafora da Guido Calabresi. Se il codice della strada, al fine di prevenire incidenti e preservare al meglio la vita e la salute, imponesse di girare per le strade con dei carri armati sicuramente la tutela dei conducenti sarebbe soddisfatta al massimo livello. Tuttavia, così non

accade perché è evidente che si debbano contemperare esigenze di efficienza e di efficacia delle scelte collettive. Nella sostanza si imporrebbe un costo eccessivo sulla collettività. L'esempio ci aiuta a dire che l'interesse primario che le gare devono assolvere è quello alla realizzazione puntuale delle opere pubbliche. È questo un compito non eludibile oggi. Le grandi opere pubbliche risalgono a più di sessanta anni fa e questo pone un problema, che è europeo e anche americano, di ricostruzione e ammodernamento delle stesse che sono state fatte con tecniche costruttive (come il cemento armato) che dopo sei decenni mostrano forti tensioni strutturali.

③ La legislazione si è stratificata attraverso processi additivi rispetto alla legislazione comunitaria. Un caso emblematico è costituito dal *bis in idem*. Una violazione del divieto di *bis in idem* si verifica nel settore della contrattualistica pubblica. Tipico è il caso delle imprese sanzionate dall'Autorità antitrust, i cui provvedimenti, oltre a infliggere pene pecuniarie di importi significativi e, in taluni casi, capaci anche di determinare l'insolvenza, riflettono i propri effetti nelle gare pubbliche. Le sanzioni inflitte dall'Autorità Antitrust possono essere valutate dalle Pubbliche Amministrazioni come cause di esclusione dalle procedure di gara ed espongono i rispettivi destinatari a ulteriori conseguenze afflittive, consistenti, in alcuni casi, nell'irrogazione di sanzioni da parte dell'Autorità nazionale anticorruzione. Lo stesso fatto sanzionato dall'Antitrust, quindi, è punito una pluralità di volte, finendo per escludere dal mercato le imprese italiane che sono già state punite per l'illecito commesso, a tutto vantaggio dei concorrenti stranieri.

④ Il nostro sistema economico ha conosciuto nel passato operatori troppo piccoli, incapaci di competere a livello europeo e mondiale. Questo era un riflesso di un meccanismo clientelare della politica che generava lotti troppo modesti. Opportunamente il principio va tarato con riguardo all'obiettivo dell'efficienza, favorendo eventualmente la partecipazione in forma aggregata di micro e piccole imprese.

⑤ Infine, è necessario introdurre un regime obbligatorio di rinegoziazione dei contratti di appalto al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta. I recenti aumenti dei prezzi delle materie prime hanno reso indifferibile questo intervento, poiché la rigidità del contratto pregiudica non solo gli appaltatori sul piano economico e finanziario, ma anche – e di riflesso – gli interessi pubblici delle amministrazioni: la sopravvenienza che rende l'esecuzione del contratto insostenibile può incidere negativamente anche sulla prestazione che deve essere eseguita, a tal punto da renderla impossibile.