
Fondazione Bruno Visentini

APPALTI SOTTOSOGLIA, UNO STRAPPO L'ADDIO ALLA GARA

di **Hadrian Simonetti**

Nell'inaugurare la serie di riflessioni sulla proposta di nuovo codice degli appalti sono stati opportunamente ricordati i legami tra questa riforma e l'attuazione del Pnrr e le finalità di snellezza e semplicità che con essa si vorrebbero realizzare (si veda «Il Sole 24 Ore» del 24 gennaio 2023). Si è anche ricordato come l'attuale codice fosse stato già eroso da misure derogatorie, talune provvisorie e sperimentali, altre a regime, molte introdotte nel periodo pandemico e rinvenibili nei Dl 76/2020 e 77/2021.

Di questa legislazione emergenziale si scorge una crescente stanchezza, un disincanto per le gare pubbliche e più in generale della concorrenza tra operatori economici. L'emergenza pandemica, prima, l'ansia di spendere alla svelta i fondi del Pnrr, poi, si sono saldati con un clima, politico e culturale, divenuto già dalla crisi del 2008 sempre più riluttante, quando non ostile, nei confronti della concorrenza. Nel lessico della politica, quantomeno della politique politicienne, il mercato è divenuto sinonimo di mercatismo e la libertà economica è meno invocata di un tempo.

In questo mutato quadro complessivo, da noi i Dl 76 e 77 hanno previsto un allargamento delle maglie della procedura negoziata senza gara, modalità che a rigore non dovrebbe coincidere con la vecchia trattativa privata o con l'affidamento diretto. La procedura negoziata senza gara, che le direttive europee permettono in pochi casi tassativi, è stata giustificata, nell'emergenza, sia quando l'appalto da affidare era di taglio molto piccolo (per cui non varrebbe neppure la pena di fare una gara); sia quando all'inverso l'appalto era di taglio giudicato troppo grande e urgente da farsi (per cui non sarebbe possibile affidarsi alle incertezze di una gara).

La Commissione insediata presso il Consiglio di

Stato, per redigere il nuovo testo, si è trovata di fronte a una situazione curiosa nella quale la Commissione europea, da un lato, auspicava che le misure emergenziali fossero tutte recepite e stabilizzate nel nuovo testo, dall'altro, talune di quelle misure aveva in precedenza già criticato, addirittura per sospetta illegittimità eurounitaria. Era o no la stessa Commissione europea? Erano in verità due sue diverse direzioni: quella competente per il Pnrr, preoccupata del "risultato" e che opere, forniture e servizi pubblici procedano veloci e spediti; e quella deputata alla concorrenza impegnata nel mestiere di sempre, in difesa del mercato interno e dell'unione economica. Alla fine, nel testo trasmesso al Governo si può registrare per gli appalti ordinari sopra la soglia europea una stretta aderenza alle direttive, anche per quanto attiene all'eccezionalità della procedura negoziata senza bando, che è stata quindi ribadita, rimanendo come regola che ogni affidamento debba essere preceduto dalla pubblicazione di un bando di gara. Per gli appalti sottosoglia la proposta è di stabilizzare la legislazione emergenziale, con la gara del tutto recessiva: non solo le stazioni appaltanti potrebbero non farla ma, per essere più esatti, sarebbe loro quasi sempre vietato farla. Una soluzione che – si va dicendo – l'Europa non potrebbe vietare, trattandosi di appalti tendenzialmente non rilevanti sul piano comunitario, e che altrove già si pratica, ma che sarebbe uno strappo rispetto alla tradizione della nostra legislazione di contabilità risalente alla Riforma de' Stefani.

Come se non bastasse, si deve tener conto anche dei moltissimi affidamenti in-house, che nella proposta di nuovo codice, assurgono a vera e propria modalità alternativa alla gara, sull'esempio di quanto già previsto in Francia, dove esternalizzazione e autoproduzione sono poste tendenzialmente sullo stesso piano. Anche sull'in house la proposta del Consiglio di Stato ha tenuto conto della forte legittimazione che tale modello riceve già dal Dl 77/2021, in funzione di accelerazione degli investimenti pubblici e sul presupposto che in questo modo si faccia prima. Il punto è che l'in house, che si giustifica nei casi in cui mancherebbe un vero rapporto di alterità tra committente e appaltatore, essendo nella sostanza la stessa persona, ha dei requisiti specifici, a proposito dei quali da noi si largheggia molto. Una sentenza della Corte di giustizia del 12 maggio 2022 ne torna ad offrire invece una lettura più autentica, come di un affidamento cui non corrisponderebbe un vero contratto oneroso tra due parti distinte e non un contratto di "quasi contratto".

due parti distinte ma una sorta di "quasi contratto". Se così fosse, piacerebbe lo stesso?

Osservatorio Fondazione Bruno Visentini

rubrica a cura di Giancarlo Montedoro

© RIPRODUZIONE RISERVATA