

L'analisi

AFFIDAMENTI DIRETTI: TROPPI EQUIVOCI

di **Gianluca Rovelli**

In questi giorni è in corso un acceso dibattito intorno a un istituto da sempre fonte di opinioni contrastanti: quello dell'affidamento diretto di appalti pubblici. Si tratta di un dibattito di enorme interesse su cui, forse, è il caso di fornire alcuni spunti anche per sgombrare il campo da equivoci. L'istituto non è certo una novità del Codice appena approvato. Non è necessario tornare troppo indietro nel tempo. Partiamo dalla Legge Merloni (1994): il relativo regolamento di attuazione (Dpr 554/1999) prevedeva gli affidamenti diretti fino a 20.000 euro mediante il "vecchio" istituto del cottimo fiduciario. Per inciso, il cottimo fiduciario consentiva affidamenti assai semplificati fino all'importo di ben 200.000 euro.

L'istituto del cottimo fiduciario è stato riprodotto senza modifiche significative nel Codice dei contratti del 2006, il cui art. 125 prevedeva gli affidamenti diretti fino alla soglia dei 40.000 euro, e, anche qui, assai semplificati fino all'importo di 200.000 euro. È bene precisare che l'attenuazione dell'evidenza pubblica era solo parzialmente bilanciata dal principio di rotazione che, fino al 2016, è sempre stato considerato come una contropartita, o un bilanciamento, del carattere

di importo inferiore a 139.000 euro.

In definitiva, se si eccettua una parentesi durata quattro anni, gli affidamenti sotto soglia sono sempre stati caratterizzati da forme più o meno spinte di semplificazione. Il nuovo Codice non ha fatto altro che portare a regime misure già adottate con qualche bilanciamento che però pare sia sfuggito a molti commentatori.

Intanto, la regola della rotazione. Non è cambiato il nome (principio) ma la sostanza: un vero e proprio divieto di affidamento al gestore uscente (art. 49 comma 2 che prevede deroghe assai ristrette nell'art. 49 comma 4). È anche sfuggita, pare, un'altra circostanza. Gli affidamenti diretti non sono "fiduciari". L'art. 17 comma 2 prevede il preciso obbligo di esporre le ragioni della scelta del contraente. Di fiduciario non vi è proprio nulla e, soprattutto, non si legge da nessuna parte un divieto per le stazioni appaltanti di far precedere la scelta del contraente da una consultazione informale tra più operatori economici. Anzi, il previo interpello di più operatori economici è espressamente previsto e consentito dall'art. 3 lett. d) dell'allegato I.1. al nuovo Codice. Inoltre, non è superfluo ricordare che le disposizioni di

sommario e “fiduciario” della scelta del contraente. Nel pensiero del legislatore, infatti, il cottimo fiduciario non era una vera e propria gara, ma una scelta ampiamente discrezionale. Tale discrezionalità si esercitava in (almeno) due momenti: il primo, riguardante l'individuazione delle cinque ditte da “consultare”; il secondo, concernente la scelta del contraente fra le ditte consultate (Consiglio di Stato, Sez. III, 12 settembre 2014, n. 4661).

Solo dal 2016 la disciplina degli affidamenti sotto soglia ha vissuto una stagione di forte restrizione, peraltro durata molto poco. Già nel 2020, per far fronte al terribile periodo della pandemia è stato approvato il dl 76/2020 che, nella sua originaria versione, ha disciplinato gli affidamenti sotto soglia in modo del tutto analogo rispetto alla disciplina dell'attuale Codice: affidamento diretto per lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 150.000 euro. Peraltro, quel dl non si limitava a prevedere una semplificazione degli affidamenti sotto soglia ma, affrontando l'annosa questione della cosiddetta “paura della firma”, riscriveva l'art. 323 del codice penale (abuso d'ufficio) e introduceva quello che veniva battezzato lo “scudo erariale” limitando la responsabilità dei pubblici funzionari, per le condotte commissive, alle sole ipotesi di illeciti dolosi.

Nel 2021 stessa cosa. Con dl 77/2021, ritenuti buoni i risultati del dl 76/2020, si prorogavano al 30 giugno 2023 le misure sopra descritte (la riforma dell'abuso d'ufficio era invece strutturale) prevedendo affidamenti diretti per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture

un Codice non andrebbero lette in modo atomistico ma nel loro complesso: le attenuazioni dell'evidenza pubblica sono bilanciate (per la prima volta) con la qualificazione delle stazioni appaltanti, la professionalizzazione dei responsabili unici di progetto, la digitalizzazione, le nuove norme sulla trasparenza, l'obbligo di seguire le procedure ordinarie nel caso in cui l'affidamento sotto soglia abbia interesse transfrontaliero certo.

Un'ultima annotazione. Sono stati “smantellati” i controlli come si legge da più parti? La legge anticorruzione non è stata toccata e il sapiente lavoro che l'Anac conduce da diversi anni sul versante della prevenzione della corruzione è sotto gli occhi di tutti. La delibera n. 7 del 17 gennaio 2023 prevede un'intera parte sui contratti pubblici e già il Pna del 2019 chiariva la portata dei Piani adottati fino a quel momento e il valore, in particolare, di quel Pna.

Il problema della penetrazione criminale negli appalti è da affrontare con rigore scientifico. Lo hanno fatto per esempio due grandi economisti come Francesco Decarolis e Paolo Pinotti. Segnalo tra i saggi l'illuminante «Appalti e corruzione: alcune evidenze sulla penetrazione criminale negli appalti di lavori». Vi si trovano tali e tanti dati e si imparano talmente tante cose interessanti che, forse, si potrebbero studiare soluzioni efficaci per prevenire la corruzione. Si tratta di materia che, da giurista, riconosco che non può essere riservata ai giuristi.

*Consigliere di Stato e componente
della Commissione di riforma
del Codice degli appalti*

© RIPRODUZIONE RISERVATA