



Dal 1° luglio. Operatori economici alle prese con le norme del nuovo codice dei contratti pubblici.

Appalti, l'impresa ausiliaria non può partecipare alla gara

Codice dei contratti pubblici. Tra le novità in vigore da ieri le conseguenze dell'«avvalimento premiale». Prova sul campo per l'apertura ai subappalti a cascata e per la qualificazione delle stazioni appaltanti

Antonio Giacalone

È arrivato il momento di testare concretamente l'applicazione del nuovo Codice dei contratti pubblici (Dlgs 31 marzo 2023 n. 36) che, almeno sulla carta, promette di rilanciare il settore delle opere pubbliche e dei progetti legati al Pnrr.

Se questa è la prospettiva, le questioni ancora aperte sono però diverse, alcune delle quali decisamente rilevanti.

L'annosa questione della qualificazione delle stazioni appaltanti, seppure destinata a una graduale definizione, è possibile che contribuisca a un rallentamento dell'avvio delle procedure di affidamento, atteso che, ad oggi, alcuni dubbi e criticità del sistema ancora permangono (si veda anche il Sole 24 Ore di ieri). I criteri per l'attribuzione dei punteggi hanno messo alla prova le stazioni appalti e non sempre hanno permesso di comprendere appieno la logica di fondo.

Ma è sugli atti di gara che le stazioni appaltanti saranno chiamate ad operare un restyling, visto che la nuova impostazione dei requisiti generali di partecipazione, le stesse dinamiche partecipative, le rigide tempistiche per la definizione delle gare, le nuove regole sugli affidamenti sotto soglia, sono solo alcune delle macro questioni che dovranno trovare adeguata trasposizione e collocazione nelle procedure ad evidenza pubblica.

gazioni dei concorrenti o sull'introduzione di figure come l'avvalimento cosiddetto premiale.

Quest'ultima figura merita una certa attenzione, poiché adesso permette il ricorso all'avvalimento al fine di migliorare l'offerta e non solo (come è stato anche in passato) per soddisfare i requisiti speciali di partecipazione. Il discrimine, poi, tra l'una e l'altra figura deve essere attentamente circoscritto, visto che, tra l'altro, solo l'impresa ausiliaria che ha permesso il miglioramento dell'offerta dell'impresa ausiliata (avvalimento premiale) non potrà anche partecipare autonomamente alla gara.

Test sulle tempistiche per la definizione delle gare e sulle nuove regole per gli affidamenti sotto soglia

È probabile che le ragioni di una siffatta limitazione siano da legare al fatto che l'impresa ausiliaria, che abbia concesso il prestito al fine di migliorare l'offerta dell'ausiliata, più facilmente può aver avuto modo di conoscere l'offerta tecnica di quest'ultima, creando le condizioni per una potenziale alterazione della concorrenza. Quanto poi alla tenuta di una siffatta limitazione automatica, in relazione a quelli che sono stati i principi emersi dalla giurisprudenza euromunitaria, è possibile

Così, in relazione alla rivisitazione degli atti di gara, si annida un rischio potenziale, legato alla possibile tendenza delle stazioni appaltanti ad assumere atteggiamenti e interpretazioni restrittive o eccessivamente prudenziali. Questa è una prospettiva che andrebbe assolutamente evitata, sia perché contraria all'essenza stessa del nuovo codice sia perché rischierebbe di vanificare gli sforzi finora fatti.

Se l'avvio delle nuove procedure sarà un banco di prova importante per capire come le stazioni appaltanti e gli operatori si approcceranno alla nuova disciplina, anche la fase di esecuzione del contratto d'appalto inciderà notevolmente, sia perché la definizione di questa fase va prestabilita al momento della redazione degli atti di gara, sia perché, se le procedure di affidamento mirano alla selezione delle offerte, l'esecuzione del contratto mira al raggiungimento del risultato: la realizzazione dell'opera, della fornitura o del servizio.

Qui, ad esempio, le novità sul subappalto (specie con riguardo al subappalto a cascata) promettono sicure occasioni di confronto critico.

In un sistema produttivo, caratterizzato da una forte presenza di micro e piccole imprese, che ricorrono al subappalto quale strumento contrattuale essenziale per la gestione e l'organizzazione delle commesse, l'aver sdoganato (solo) timidamente la possibilità di subappal-

fonte di probabili dubbi applicativi.

Infatti, il nuovo codice non disciplina puntualmente il subappalto a cascata, ma ne ammette l'utilizzo in modo indiretto, lasciando però le stazioni appaltanti e gli operatori immersi in plurimi dilemmi, circa i limiti, le condizioni, i meccanismi di protezione dei subappaltatori di livello successivo al primo ecc.

Non è chiaro, ad esempio, se anche i subappalti di secondo livello debbano essere autorizzati (come sia verosimile ritenere) o se sia possibile subappaltare a un terzo livello o anche oltre, visto che, in tal senso, non è stata prevista alcuna limitazione.

Insomma, le citazioni e i richiami potrebbero continuare.

La considerazione finale con la quale bisogna confrontarsi non può che essere una presa d'atto: il nuovo codice dei contratti è operativo ed efficace, contiene le istruzioni per un apprezzabile cambiamento di impostazione rispetto al rapporto tra stazione appaltante e impresa, oltre ad offrire nuovi strumenti (in teoria) semplificati.

Come tutte le novità normative, il nuovo codice necessiterà di un periodo di rodaggio. Non mancheranno chiarimenti, circolari, studi, indicazioni e giurisprudenza, ma, di fondo, non può mancare, da adesso, il ruolo proattivo delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, essendo questi i primi a essere chiamati a testare le novità,

Sulla ridefinizione delle modalità di gestione delle gare, non potrà incidere ad esempio la nuova disciplina liberalizzata sulle aggre-

esprimere dubbi, visto che, in questi casi, l'automatismo non è stato in passato considerato ammissibile dalla giurisprudenza.

tare a diversi livelli (a cascata, appunto) è stata una scelta in linea con le indicazioni euro unitarie e con i principi di libertà di impresa, ma

rispetto alle quali, si spera, siano stati colti i parametri e i principi essenziali della riforma.

© RIPRODUZIONE RISERVATA